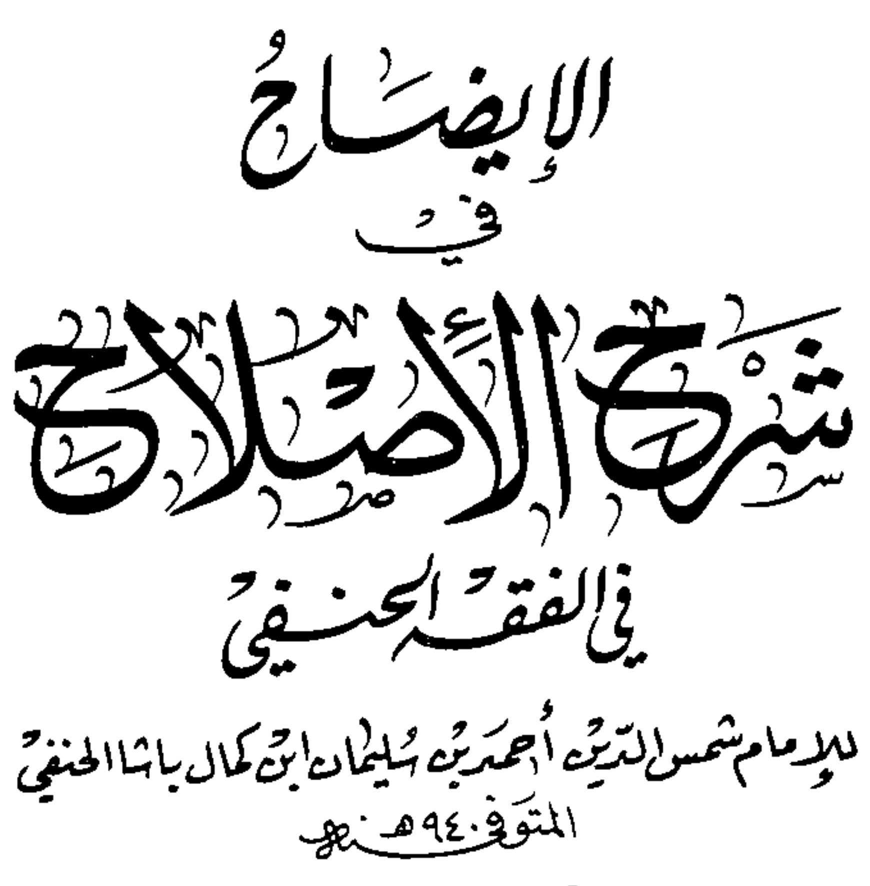


الإيضاح في شرح الإصلاح

في الفقه الحنفي

للإمام شمس الدين أحمد بن سليمان ابن كمال باشا الحنفي

المتوفى ٩٤٠ هـ

وهو توضيح وتنقيح وتكميل

على

شرح الوقاية

للإمام صدر الشريعة الثاني عبيد الله بن مسعود المحبوبي

المتوفى ٧٤٧ هـ

تحقيق

الدكتور

عبد الله داود خلف المحمدي

الدكتور

محمود شمس الدين أمير الخزاعي

الجزء الثاني



دار الكتب العلمية

أسسها محمد علي بيضون سنة 1971

بيروت - لبنان

Title: **Al-ʿīḍāḥ fī šarḥ al-ʾiṣlāḥ**
(A book in Hanafi Jurisprudence)

Author: Ibn Kamâl Bâšah al-Ḥanafī

Editor: Dr. ʿAbdullah Dâwûd Ḥalaf al Muḥammadi
— Dr. Maḥmūd Šamsuddīn Amīr al-Ḥuzāʿi

Publisher: Dar Al-kotob Al-Ilmiyah

Pages:1016 (2 volumes)

Year: 2007

Printed in: Lebanon

Edition: 1st

الكتاب: الإيضاح في شرح الإصلاح

المؤلف: شمس الدين ابن كمال باشا الحنفي

المحقق: د. عبدالله داود خلف المحمدي
و د. محمود شمس الدين أمير الخزاعي

الناشر: دار الكتب العلمية ــ بيروت

عدد الصفحات: 1016 (جزءان)

سنة الطباعة: 2007 م

بلد الطباعة: لبنان

الطبعة: الأولى



منشورات محمد علي بيضون



دار الكتب العلمية بيروت لبنان

الطبعة الأولى
٢٠٠٧ م - ١٤٢٨ هـ

منشورات محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

Mohamad Ali Baydoun Publications Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah

الإدارة: رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
Ramel Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg., 1st Floor
هاتف وفاكس: ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ (٩٦١ ١)

فرع عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
Aramoun Branch - Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Bldg.

هاتف: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ ٥ ٩٦١+ | ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت - لبنان
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+ | رياض الصلح - بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

http://www.al-ilmiyah.com
e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الحدود[1]

[الحدود ستة أنواع: حد الزنا، وحد الشرب، وحد السكر، وحد القذف، وحد السرقة، وحد قطع الطريق].

فمن قال: إنها خمسة لم يصب، منهم الإمام القاضي خان[2]، حيث قال في "فتاواه"[3]: الحدود خمسة، حد الزنا، وحد القذف، وحد الشرب، وحد السرقة، وحد قطاع الطريق، ومنشأه عدم الفرق بين الشرب وحد السكر[4]، والفرق واضح على ما ذكر في "البدائع"[5] حيث قال:

وأما حد الشرب فسبب وجوبه الشرب وهو شرب الخمر خاصة حتى يجب الحد بشرب قليلها وكثيرها لا يتوقف الوجوب على حصول السكر منها[6]وحد

---

(١) (كتاب الحدود): لم ترد في (ز).

(٢) قاضي خان: ابو المحاسن حسن بن منصور بن محمود البخاري الحنفي الأوزجندي (قاضي خان) شيخ الحنفية، له الفتاوى، والآمالي، وشرح الزيادات، وشرح الجامع الصغير وغيرها، توفي ليلة الاثنين خامس عشر من رمضان سنة(٥٩٢هـ). ينظر: سير أعلام النبلاء (٢١/ ٢٣١) وما بعدها، رقم(١١٧). والجواهر المضيئة(١/ ٢٠٥) رقم(٥٠٧).

(٣) وهي للإمام فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندي الفرغاني المتوفى سنة (٥٩٢هـ) وهي مشهورة مقبولة معمول بها متداولة بين أيدي العلماء والفقهاء، وكانت هي نصب عين من تصدى للحكم والإفتاء وترتيبها على ترتيب الكتب المعروفة، بين لكل فرع أصلاً، وفيما كثرت فيه الأقاويل من المتأخرين اقتصر منه على قول أو قولين وقدم ما هو الأظهر. ينظر: كشف الظنون(٢/ ١٢٢٧).

(٤) ينظر: الفتاوى الخانية(٣/ ٦٧) بهامش الفتاوى الهندية.

(٥) البدائع: وهي للإمام علاء الدين محمد بن أحمد السمرقندي الحنفي زاد فيها على مختصر القدوري أحسن ترتيب وصنفه تلميذه الإمام أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت٥٨٧هـ) شرحاً عظيماً في ثلاث مجلدات وسماه (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) ولما أتمه عرضه على المصنف فاستحسنه وزوجه ابنته فاطمة الفقيهة. كشف (١/ ٣٧١).

(٦) (منها): لم ترد في (و).

السكر سبب وجوبه السكر الحاصل بشرب[١] ما سوى الخمر من الأشربة المسكرة[٢] كالسكر[٣] ونقيع الزبيب المطبوخ أدنى طبخة [ز١٣٥ظ] من عصير[٤] العنب أو التمر أو الزبيب أو المثلث ونحو ذلك[٥].

ومنهم صاحب "البدائع" حيث قال: الحدود خمسة أنواع: حد السرقة، وحد الزنا وحد الشرب، وحد السكر، وحد القذف، ومنشأه عدم الفرق بين السرقة وحد قطاع[٦] الطريق[٧]، والفرق واضح على ما ذكرنا في الخانية وغيرها][٨][٩] **(الحد عقوبة مقدرة تجب)** زاد هذا القيد على ما في "الهداية"[١٠] كي لا يتوهم انتصاب حق[١١] بمقدرة، **(حقاً لله تعالى)** لا يشكل هذا بحد القذف؛ لأن الغالب فيه عندنا حق الله تعالى، وما فيه من حق العبد فهو في حكم التبع، فلهذا[١٢] إذا عفى[١٣] المقذوف، بعدما قضى القاضي به لا يسقط الحد ذكره في "المبسوط"[١٤] **(فلا يسمى[١٥] تعزير ولا قصاص حداً)**[١٦] أما التعزير: فلعدم التقدير. وأما القصاص: فلأنه حق العبد، هذا ينتظم أصلهما أيضاً، بخلاف ما قيل. فلأنه حق ولي القصاص؛ فإنه لا ينتظمه[١٧]؛ لأنه عندهما حق المقتول وينتقل إلى الورثة، بطريق الخلافة[١٨]، على أن المقتول قد لا يكون [ب ١٠٥ظ] له ولي ويستوفيه السلطان وليس حقه ولذلك لا يملك العفو، **(والزنا[١٩] وطء حرام)**.

قال في التحفة[٢٠]: وإنما شرطنا كونه حراماً؛ لأن وطء المجنون، والصبي، لا

---

(١) في (و): (في شرب). وفي (ز): (من شرب).
(٢) (المسكرة): لم ترد في (و).
(٣) في (ز): (كالسكرة).
(٤) (غير): في (و).
(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٤٩٦) وما بعدها.
(٦) في (ز): (قطع).
(٧) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٤٨٦).
(٨) ينظر: الفتاوى الخانية (٣/ ٦٨).
(٩) ما بين القوسين: زيادة من (ب، ج، د، خ).
(١٠) ينظر: الهداية (٢/ ٣٨١).
(١١) في (د) و (ز): (حقا).
(١٢) في (أ): (ولهذا).
(١٣) في (ز): (عفى عنه).
(١٤) ينظر: المبسوط (٩/ ٣٦).
(١٥) (يسمى): لم ترد في (أ).
(١٦) في (أ، ب): (حد).
(١٧) في (ز): (لا ينتظم).
(١٨) في (و): (الارث).
(١٩) في (و): (في الزنا).
(٢٠) تحفة الفقهاء في الفروع، للشيخ الإمام علاء الدين محمد بن أحمد السمرقندي الحنفي زاد فيها على مختصر القدوري ورتب أحسن ترتيب وصنف تلميذه الإمام أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي المتوفى(٥٨٧هـ) شرحاً عظيماً في ثلاث مجلدات وسماه بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ينظر: طبقات الحنفية (١/ ٢٤٤) رقم ٤٠. وكشف الظنون (١/ ٣٧١).

يكون زنا؛ لأن فعلهما لا يوصف بالحرمة .**(في قبل)** أثر القبل على الفرج لاختصاصه بالإنسان، بخلاف الفرج[١][٢]. **(خال عن الملك)** قيد بالحرمة، لا يغني عن هذا؛ لأنها قد تجامع الملك كما في الأمة [هـ١٨١و] المجوسية .**(وشبهة)** المراد ملك الوطء وشبهته[٣]، ولذلك عرف الملك [وشبهته الملك[٤]، في المحل[٥]][٦]، لا شبهة الفعل[٧] المسماة بشبهة الاشتباه؛ فإن وجوبها[٨] لا ينافي تحقق الزنا فمدته الثلاث، تصلح مثالاً ها هنا؛ لأن الموجود فيها الشبهة في الفعل، دون الشبهة في المحل[٩] على ما ستقف عليه .**(ويثبت بشهادة أربعة في مجلس واحد)** اتحاد المجلس شرط لصحة الشهادة بالزنا عندنا، خلافاً للشافعي[١٠] حتى[١١] لو جاءوا متفرقين، لا يقبل عندنا، ويحدون حد القذف، خلافاً له، ذكره في المبسوط[١٢] **(بالزنا لا بوطء أو جماع فيسألهم الإمام عنه ما هو؟)** هذا؟ لأن

---

(١) (الفرج): لم ترد في (ب).

(٢) ينظر: تحفة الفقهاء(٢/ ١٣٨).

(٣) الشبهة: هو ما لم يتيقن كونه حراماً أو حلالاً.
ينظر: التعريفات ص١٢٨.

(٤) شبهة الملك: بأن يظن الموطوءة امرأته أو جاريته.
ينظر: التعريفات ص١٢٨. والتعاريف(١/ ٤٢٣).

(٥) في (ج): (في الشبهة).

(٦) ما بين القوسين: لم يرد في (و، ز).

(٧) الشبهة في الفعل: هو ما ثبت بظن غير الدليل دليلاً كظن وطء أمة أبويه عرسه. ينظر: المصدرين السابقين.

(٨) في (د): (وجودها).

(٩) الشبهة في المحل: ما تحصل بقيام دليل نافٍ للحرية ذاتاً كوطء أمة ابنه، ومعتدة الكنايات لقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» وقول بعض الصحابة: إن الكنايات رواج، أي إذا نظرنا إلى الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون منافياً للحرمة.
ينظر: التعريفات ص١٢٧-١٢٨. والتعاريف (١/ ٤٢٣).

(١٠) أشهر من أن يعرف: هو أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن شافع الهاشمي القريشي صاحب المذهب الشافعي، وله مذهبان القديم في العراق والجديد في مصر وأول من صنف في علم الأصول كتاباً سماه (الرسالة) من تصانيفه الأم، والمسند، وأحكام القرآن وغيرها أفتى وهو ابن عشرين سنة ولد بغزة بفلسطين سنة (١٥٠هـ) ومات في آخر رجب سنة (٢٠٤هـ).
ينظر: تأريخ بغداد (٢/ ٥٦)وما بعدها رقم (٤٥٤). وطبقات الفقهاء (١/ ٦٠) وما بعدها. والبداية والنهاية (١٠/ ٢٥١) وما بعدها. وسير أعلام النبلاء (١٠/ ٥) وما بعدها. وطبقات الحفاظ (١/ ٥٧) وما بعدها رقم (٣٣٦).

(١١) (حتى): لم ترد في (و).

(١٢) ينظر: المبسوط (٩/ ٩٠).

بعض الناس يطلقونه على كل وطء حرام، والشرع أيضاً أطلقه على غير هذا الفعل حيث قال ﷺ: «العينان تزنيان»[(١)] [خ ٦وو] .(كيف هو؟) وهذا للاحتراز عن الإكراه، ذكره[(٢)] في "شرح مشكلات[(٣)] القدوري[(٤)]"؛ لأنه يقطع الوطء في غير التقاء الختانين [د ١١٥خ]؛ لأنه يدفع الختان[(٥)] بتفسير[(٦)] ما هية الزنا على ما ستقف عليه .(وأين زنا) هذا[(٧)] لأن؛ الزنا فيما لا يدخل تحت ولاية الإمام، لا يوجب الحد .(ومتى زنا) هذا ليس لأن التقادم لا يوجب الحد؛ لأنه يوجب إذا[(٨)] كان ثبوته[(٩)] بالإقرار صرح به في المبسوط[(١٠)]. بل لأن التقادم يمنع قبول الشهادة في الزنا، إذا لم يكن التأخير لعذر .(وبمن زنا) وهذا السؤال [عن المزني بها؟ (**إذا كانت الشهادة**)[(١١)] على الزاني وفائدته الاستكشاف][(١٢)] عن شرط التكليف، وهذه الفائدة توجد في الأول أيضاً .(**فإن بينوه وقالوا: رأينا وطئها في القبل كالميل في المكحلة**) فيه بيان: أنه لا يكتفي في بيان ماهية الزنا بالإجماع .(**وعدلوا سراً وعلاناً**

(١) حديث: مسند أحمد (٢/ ٣٧٢) رقم (٨٨٣٠). ومسند اسحاق بن راهويه (١/ ١١٦) رقم (٣٠). ومسند أبي يعلى (٩/ ٢٤٦) رقم (٥٣٤٦). صحيح ابن حبان (١٠/ ٢٦٧) رقم (٤٤١٩). والمعجم الكبير للطبراني (١١/ ١٥٥) رقم (١١٣١٣). والمستدرك (٢/ ٥١١) رقم (٣٧٥٢). والسنن الكبرى (٧/ ٨٩) رقم (١٣٢٨٧). ومجمع الزوائد (٧/ ١٢٥) وغيرها.

(٢) (ذكره): لم ترد في (ب).

(٣) شرح مشكلات القدوري هي للإمام أبو الليث نصر بن محمد بن إبراهيم السمرقندي وهو شرح مختصر كذا قيل، وفيه نظر لعلة شرح أبي بكر علاء الدين بن أحمد السمرقندي المتوفى سنة (٥٥٢ هـ). ينظر: كشف الظنون (٢/ ١٦٣٣)، والفوائد البهية (ص٢٢٠).

(٤) هو: أبو الحسين أحمد بن محمد القدوري، نسبة إلى قرية من قرى بغداد يقال لها قدورة، وقيل: نسبة إلى بيع القدور، اخذ الفقه عن أبي عبد الله الفقيه محمد بن يحيى الجرجاني، انتهت اليه رئاسة الحنفية، (توفي سنة ٤٢٨هـ) من مصنفاته: المختصر، وشرح مختصر الكرخي، وكتاب التجريد مشتمل على الخلاف بين أبي حنيفة والشافعي، ذكره ابن كمال باشا ومن تبعه في أصحاب الترجيح من المقلدين الذين شأنهم تفضيل بعض الروايات على بعض من دون قدرة على الاجتهاد وتعقبه الفضلاء بأن القدوري متقدم على شمس الأئمة الحلواني وأعلى منه كعبا واطول باعاً. ينظر: الفوائد البهية (ص ٣٠) والنافع الكبير (ص١٠).

(٥) (الختانين): لم ترد في (أ، خ، د).

(٦) في (و): (بتعبير).

(٧) (هذا): لم ترد في (ب، ج، هـ).

(٨) في (ب، ج): (ان).

(٩) في (ب، ج): (بثبوته).

(١٠) ينظر: المبسوط (٩/ ٩٣).

(١١) ما بين القوسين: لم يرد في (ب).

(١٢) ما بين القوسين: مكرر في (و، هـ). وفي (د، ز): (وفائدة استكشاف عن الشبهة وعن الزاني إذا كان الشهادة على المزنية وفائدة الاستكشاف) عن شرط التكليف.

حكم به وبإقراره) عطف على قوله بشهادة أربعة **(مكلفاً)** ذكره في الهداية[١]. **(أربعة)** أي أربع مرات خلافاً للشافعي فإنه يثبت عنده بإقراره مرة[٢] [ج ٢ظ] في **(مجالس)** خلافاً لابن أبي ليلى[٣] فإن عنده يقام بالإقرار أربعاً، وإن كان في مجلس واحد ذكره في "المبسوط"[٤]. [أ ٧٧و] **(رد كل مرة إلا الرابعة)** قال في المبسوط[٥]: ينبغي للإمام أن يرد [ب ١٠٦و] المعترف بالزنا[٦] في المرة الأولى [ب ١٠٦و] والثانية والثالثة، لحديث عمر[٧] رضي الله عنه قال: **(اطردوا المعترفين بالزنا فإذا عاد الرابعة، وأقر عنده سأله عن الزنا)**[٨] **(ثم سأله)** فائدة السؤال: عن متى غير منحصرة فيما مر، بل له فائدة أخرى، تعم صورة الإقرار وهي: أنه[٩] يحتمل أن يكون الزنا في زمان الصبا وبالسؤال[١٠][١١]؟ ينكشف ذلك، فلا بد منه أيضاً، ولذلك قال: **(كما مر)** أي على الوجه [ز ١٣٦ظ] المذكور، ذلك أن نقول لا حاجة ها هنا إلى السؤال عن المزنية لما سيأتي أن جهلها لا يمنع وجوب الحد بالإقرار .**(فإن حُبب تلقينه رجوعه، بلعلك لمست، أو قبلت، أو وطئت بشبهة، فإن [هـ١٨٣و] رجع قبل حده، أو في**

---

(١) ينظر: الهداية (٢/ ٣٨٢). (٢) ينظر: الأم (٦/ ١٣٧).

(٣) هو: محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى بن بلال الأنصاري الكوفي، ولد سنة (٧٤هـ) أخذ عنه الشعبي، وأخذ عنه سفيان الثوري وغيره، كان من أصحاب الرأي تولى الفتيا والقضاء بالكوفة ومكث حاكماً على ذلك ثلاث وثلاثين سنة بعضها في عهد بني أمية وبعضها في عهد بني العباس، توفي سنة (١٤٨هـ) بالكوفة ولا يزال على قضائها. ينظر: الطبقات لابن خياط (١/ ١٦٧). وتسمية فقهاء الأمصار (١/ ١٢٨) رقم (٦٠). وطبقات المحدثين (١/ ٥٦) رقم (٥٣٣). ومولد العلماء ووفياتهم (١/ ٣٣٩). والفتح المبين (١/ ٩٩).

(٤) ينظر: المبسوط (٩/ ٩١). وفيه اشعار بأنه لو أقر أربعاً في أربعة أيام أو أربعة أشهر ثبت به الزنا. ينظر: مجمع الأنهر (١/ ٥٩٤).

(٥) ينظر: المبسوط (٩/ ٩٣). (٦) في (أ): (بالزمان).

(٧) عمر رضي الله عنه أشهر من أن يعرف، هو أبو حفص عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي (ق. هـ٤٠هـ-ت٢٣هـ) ثاني الخلفاء الراشدين أسلم قبل الهجرة بخمس سنين وبويع بالخلافة يوم وفاة أبي بكر الصديق رضي الله عنه سنة (١٣هـ) أول من لقب بأمير المؤمنين وهو أول من وضع للعرب التأريخ الهجري واتخذ بيت مال للمسلمين واول من دون الدواوين في الإسلام، وفي أيامه تم فتح الشام والعراق وافتتحت القدس والمدائن ومصر والجزيرة، قتله أبو لؤلؤة فيروز الفارسي غلام المغيرة ابن شعبة وهو في صلاة الصبح وعاش بعد الطعنة ثلاث ليال.
ينظر: الآحاد والمثاني (١/ ٩٥). ومعجم الصحابة (٢/ ٢٢٣) رقم (٧٣١). وتأريخ الطبري (٥/ ٥٦٢). والبدء والتأريخ (٥/ ٨٨). وتأريخ اليعقوبي (٢/ ١٣٩) وغيرها.

(٨) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة (٥/ ٥١٢) رقم (٢٨٤٩٩). وسنن البيهقي (٨/ ٢٧٦) رقم (١٧٠٥٦).

(٩) في (هـ): (ان). (١٠) في (و): (وفي السؤال).

(١١) في (هـ، د): (وفي السؤال المذكور).

وسطه خلي) خلافاً للشافعي[١]، وابن أبي ليلى .**(وإلا حّد وهو للمحصن)** أي: لحر، مكلف، مسلم. والشافعي يخالفنا في شرط الإسلام[٢]، وكذا أبو يوسف[٣] في رواية .**(وطء بنكاح صحيح وهما بصفة الإحصان)** قيد للفراغ عن الوطء[٤] لا للشروع فيه فلا حاجة إلى التكليف الذي ارتكب في توجيهه، وها هنا شرط آخر وهو أن لا يبطل إحصانها بالارتداد. قال في "شرح الطحاوي"[٥]: لو ارتد أبطل إحصانها، ثم إذا أسلما لا يعود إحصانها، إلا بالدخول بها بعد الإسلام .**(رجمه)** لم يقل بالحجارة لأنه معتبر في مفهوم الرجم .**(في قضاء حتى يموت يبدأ به شهوده)** وعند الشافعي[٦] لا يعتبر في الرجم بداية الشهود؛ ولكن الإمام هو الذي [د ١١٥و] يبدأ به .**(فإن أبى)** أي من[٧] الابتداء **(أحدهم)** لم يقل فإن أبوا إذ يكفي في سقوطه أي واحد[٨] منهم، صرح به في "المبسوط"[٩]. **(أو غاب أو مات)** ولو بعد القضاء.

---

(١) ينظر: حاشية البجيرمي (٤/ ٢١٣). وقليوبي وعميرة (٤/ ١٨٢).

(٢) ينظر: الأم (٦/ ١٣٨).

(٣) هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري من أولاد أبي دجانة الأنصاري الصحابي ولد (١١٣هـ) وتوفي (١٨٣هـ) لزم أبا حنيفة وكان من أصحاب الحديث ثم غلب عليه الرأي وولي القضاء في خلافة هارون الرشيد، وهو أول من وضع الكتب على مذهب أبي حنيفة، ومن مصنفاته: الخراج والآمالي والنوادر وغيرها.
ينظر: تسمية فقهاء الأمصار (١/ ١٢٨)رقم (٦٥). وطبقات المحدثين (١/ ١٧١) رقم (٧٤٣). والارشاد (٢/ ٥٦٩). وطبقات الفقهاء (١/ ١٤١). والبداية والنهاية (١٠/ ١٨٠). والنجوم الزاهرة (٢/ ١٧٠) وغيرها.

(٤) (عن الوطء): لم ترد في (هـ).

(٥) لم يذكر الشارح رحمه الله من الذي قال في شرح الطحاوي خاصة وإن هناك كثير من العلماء من قام بشرح مختصر الطحاوي وقد ذكرهم في الكشف وطبقات الحنفية.
والطحاوي: هو أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الفقيه إليه انتهت رياسة الحنفية بمصر ونسبته إلى طحا، قرية بصعيد مصر، ومن مصنفاته: أحكام القرآن، واختلاف العلماء، ومعاني الآثار، والتأريخ الكبير، والشروط وغيرها، ولد سنة (٢٣٩هـ) وتوفي سنة (٣٢١هـ).
ينظر: طبقات المحدثين (١٠/ ١١٠) رقم (١٢٣٤). والفهرست (١/ ٢٩٢). وتكملة الإكمال (٤/ ٥١)رقم (٣٩٢٨). والبداية والنهاية (١١/ ١٧٤). ولسان الميزان (١/ ٢٧٤) وغيرها.

(٦) ينظر: مغني المحتاج (٤/ ١٥٢). ونهاية المحتاج (٧/ ٤١٢).

(٧) في (د): (عن).

(٨) في (أ): (أحد).

(٩) ولا يقام الحد على المشهود لأنهم ثابتون على الشهادة، وانما امتنع بعضهم عن مباشرة القتل وذلك لا يكون رجوعا عن الشهادة في الزنا وقد يمتنع الانسان عن مباشرة القتل بحق. ينظر: المبسوط (٩/ ٦٢).

(**سقط، ثم الإمام**) هذا (**ليس حتماً كيف وحضوره**)[1] ليس بلازم .(**ثم الناس، وفي المقر يبدأ الإمام ثم الناس، وغسل، وكفن، وصلى عليه، ولغير**[2] **المحصن**) هذا بإطلاقه، ويشمل المستأمن، ولا حد عليه وإنما أطلق اعتماداً على البيان الآتي كما أطلق في قوله (**جلده مائة**) حيث لم يذكر قيد الحر، اعتماداً على قوله وللرقيق تصفها .(**وسطاً بسوط لا ثمرة له**)؛ لأن علياً لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرة[3]، وفي عبارة الكبير[4] دلالة على أن المراد من الثمرة العذبة، وهي ذنبة لا العقدة. (**ينزع ثيابه إلا الإزار، ويفرق على بدنه إلا رأسه**) وفي القول الأخير لأبي يوسف [ج ٢و] بضرب الرأس أيضاً ضربة واحدة .(**ووجهه وفرجه قائماً في كل حد بلا مد**) أي من غير أن يلقى على الأرض ويمد رجلاه وقيل غير أن يمد الضارب[5] [ب ١٠٧ظ] [ز ١٣٦و] [يده فوق رأسه وقيل من غير أن يمد السوط على العضو بعد الضرب؛ وذلك كله لا يفعل لأنه زيادة][6] (**على المستحق**)[7] فإن قلت: هل يمكن إرادة المعاني معاً في قوله بلا حد، قلت نعم، فإن المشترك ينتظم المعاني المتعددة إذا كان في موضع النفي ذكر صاحب "الهداية" في باب الوصية بلا قارب[8]. (**وللرقيق نصفها ولا يحده سيده إلا بإذن الإمام**) خلافاً للشافعي[9] (**ولا ينزع من ثيابها إلا الفرو والحشو وتحد جالسة، وجاز الحفر**) أي[10] في الرجم .(**لها لا له، ولا جمع بين جلد ورجم، ولا جلد ونفي إلا سياسة**) خلافاً للشافعي، فإن غير المحصن لو زنا يجلد، ويغرب سنة عنده حداً[11]، وعندنا التغريب غير مشروع حداً، إلا أن يرى إتمام المصلحة في ذلك على قدر ما يرى تعزيراً وسيأتي[12] كذا في "الحقائق"[13]. (**ويرجم مريض وزنا، ولا يجلد حتى يبرأ، وحامل زنت ترجم حين**

---

(١) عبارة: (حتماً كيف وحضوره) لم ترد في (د).
(٢) في (هـ): (وتغير).
(٣) قال عنه في «نصب الراية» غريب، وفي الدراية لم أجده روى ابن أبي شيبة عن أنس قال: كان يؤمر بالسوط فيقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلين قيل له في زمان من كان هذا، قال في زمان عمر، وعن أبي مسعود دعا بسوط ثم أمر بثمرته فدقت بين حجرين.
ينظر: مصنف ابن أبي شيبة (٥/ ٥٣٠) ونصب الراية (٣/ ٣٢٣) والدراية (٢/ ٩٧).
(٤) المقصود به الجامع الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني.
(٥) في (أ): (الضارب المستحق)، ولم ترد كلمة المستحق في جميع النسخ.
(٦) ما بين القوسين: لم ترد في (أ).
(٧) عبارة (على المستحق) لم ترد في (أ).
(٨) ينظر: الهداية (٤/ ٥٣٢).
(٩) ينظر: الأم (٦/ ١٣٩).
(١٠) أي: لم ترد في (هـ).
(١١) ينظر: مغني المحتاج (٤/ ١٤٧). ونهاية المحتاج (٧/ ٤٠٣).
(١٢) في (ب، ج، هـ): (سيأتي).
(١٣) ينظر: تبيين الحقائق (٣/ ١٧٤).

وضعت[١] **وتجلد [هـ ١٨ظ] بعد النفاس)** لأن النفاس نوع مرض **(وتحبس)** كي لا تهرب **(إلا إذا ثبت)** أي الزنا **(بإقرارها)** فإنها حينئذ لا تحبس لأن الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس **(والله أعلم بالصواب)**[٢].

[أ ٧٨ظ] باب وطء يوجب الحد أو لا

(الشبهة دارئة للحد) اعلم أن الشبهة ثلاثة أضرب: في الفعل، وفي المحل، وفي العقد؛ ولا يمكن درج الثالثة[٣] في الثانية؛ لأن النسب يثبت فيها ولا شيء فيها على الجاني، وإن اعترف بالحرمة .**(وهي في الفعل تثبت باشتباه غير الدليل بالدليل)** لم يقل بظن[٤] غير الدليل دليلاً؛ لأن ذلك الظن هو[٥] نفس الشبهة، وقد أفصح عن ذلك صاحب "الهداية"[٦] **(فلم يحد الجاني إن ادعى الحل)** لم يقل أن ظن أنها تحل له؛ لأن العبرة [د ١١٦ظ] لدعوى الظن لا للظن نفسه، فإنه يحد إن لم يدع وإن حصل له الظن ولا يحد إن ادعى وإن لم يحصل له الظن .**(في وطء أمة أبويه وعرسه)** خلافاً لزفر[٧] وفيها **(وسيده المرتهن والمرهونة في الأصح)** احتراز عن رواية كتاب الرهن[٨]. **(والمعتدة بثلاث، وبطلاق على مالٍ، وبإعتاق أم ولده)** اعلم[خ ٩٧و] أن اتصال الأملاك بين الأصول والفروع قد يوهم [ز١٣٧ظ] أن للابن وطء جارية الأصل كما في العكس، وغنى الزوج بمال الزوجة المفهوم من قوله تعالى: ﴿وَوَجَدَكَ عَآئِلًا فَأَغْنَىٰ ۝٨﴾[٩] أي خديجة رضي الله عنها قد يورث شبهة ولاية تصرف الزوج في مال الزوجة والبسوطة[١٠] بين العبد[١١] والمولى في الانتفاع بمال ورضاه بذلك عادة فظنه لاعتقادهم حل وطء جاريته[١٢]؛ لأن وطء الجواري من قبيل الاستخدام، ولا دخل لكونهم معذورين بالجهل في ظنهم هذا [ج ٣ ظ]

---

(١) في (أ): (ووضعت).
(٢) الزيادة: من (أ).
(٣) في (هـ): (الثالث).
(٤) (بظن): لم ترد في (ب، و).
(٥) (هو): لم ترد في (ب).
(٦) ينظر: الهداية (٢/ ٣٨٩).
(٧) هو زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري صاحب أبي حنيفة رحمه الله ولد سنة (١١٠هـ) ولي قضاء البصرة وتوفي سنة (١٥٨هـ) أي بعد موت أبي حنيفة بثمان سنين كان من أصحاب الحديث ثم غلبه عليه الرأس وهو قياس أصحاب أبي حنيفة. ينظر: تسمية فقهاء الأمصار (١/ ١٢٨)رقم (٦٤). وطبقات الفقهاء (١/ ١٤١) وما بعدها. وطبقات الحنفية (١/ ٢٤٣) رقم (٦٢٢). والعبر في خبر من غبر (١/ ٢٢٩). وتاج التراجم ص١٨ وما بعدها.
(٨) المصدر السابق.
(٩) سورة الضحى : آية (٨).
(١٠) (والبسوطة): لم ترد في (هـ).
(١١) في (هـ) : (كما بين العبد).
(١٢) في (أ، ج): (الجواري).

إنما دخله في الاعتبار لذلك الظن ومالكيه المرتهن المرهونة ملك يد يوهم حل وطء المرهونة له وبقاء أثر الملك، وهو العدة لا يبعد أن يورث الأشباه في حل وطء المعتدة بثلاث[(١)] والمعتدة بطلاق على مال والمعتدة بالإعتاق في حال كونها أم ولده .**(وفي المحل بقيام دليل ناف للحرمة ذاتاً فلم يحد، وإن أقر بحرمتها عليه في وطء أم ولده ومعتدة الكنايات وبائع المبيعة والزوج الممهورة قبل تسلمها والمشتركة)** الدليل النافي للحرمة ذاتاً: قوله ﷺ : «أنت ومالك لأبيك»[(٢)]، وقول بعض الصحابة ﷺ: ان الكنايات رواجح، وكون المبيعة في يد البائع بحيث لو هلكت ينتقض البيع، دليل الملك، وكون المهر صلة[(٣)] غير مقابل بمال دليل عدم زوال الملك كالهبة والملك في الجارية المشتركة، دليل حل الوطء، ومعنى قوله - **نافٍ للحرمة ذاتاً**-: ولو نظرنا إلى الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون نافياً[(٤)] للحرمة .**(فإن ادعى النسب يثبت في هذه لا في الأولى وفي العقد به)** أي: فيما إذا كان الشبهة في العقد يثبت [هـ ١٨٥و] النسب بالعقد .**(فلم يحد بوطء محرم نكحها)** سواء كان عالماً بالحرمة، أو لم يكن، ولكن إن كان عالماً بها يرجح بالضرب تعزيراً له هذا عنده، وعندهما وهو قول للشافعي: إن كان [د ١١٦و] عالماً يحد في ذات زوج ومحرمة عليه على التأبيد .**(وحد بوطء أمة شقيقة وشقيق أصله وأجنبية وجدها على فراشه)** يعني: وإن ظن إنها تحل له .**(وإن كان[(٥)] هو أعمى)**[(٦)] لا بأجنبية أي **(لا بوطء أجنبية[(٧)] زفت إليه وقيل هي عرسك)** [ز ١٣٧و] لم يقل وقلن إذ يكفي خبر

---

(١) في (هـ): (بثلاث على المال).

(٢) ينظر: مصنف عبد الرزاق (٩/ ١٣٠). ومصنف ابن أبي شيبة (٤/ ٥١٦) رقم (٢٢٦٩٤)، ومسند أحمد (٢/ ٢٠٤) رقم (٦٩٠٢). سنن ابن ماجه (٢/ ٧٦٩) رقم (٢٢٩٢). وسنن أبي داود (٣/ ٢٨٩) رقم (٣٥٣٠) وشرح معاني الآثار (٤/ ١٥٨). وصحيح ابن حبان (١٠/ ٧٤) رقم (٢٤٦٢). ومسند الشاميين (١/ ٢١٢) رقم (٣٧٩). ومعجم شيوخ أبي بكر الإسماعيلي (٣/ ٨٠٦). ومصباح الزجاجة (٣/ ٧٤). ونصب الراية (٣/ ٣٣٧).

(٣) في (خ، هـ): (صلة أي).

(٤) في (أ): (منافيا).

(٥) (كان): لم ترد في النسخ وقد زدتها لاستقامة النص.

(٦) لا مكان التمييز بالسؤال؛ لأن امرأته لا تخفى عليه بعد خلو الصحبة يعرفها بالحس والنفس والرائحة والصوت إلا إذا دعاها فأجابته أجنبية فقالت: أنا امرأتك فوطئها؛ فإنه لا حد عليه؛ لأن ظنه استند إلى دليل شرعي وهو الاخبار، وكذا لو قالت: أنا فلانة باسم امرأته فواقعها، لا يحد. وإن أجابته ولم تقل: أنا امرأتك، ولا أنا فلانة، يحد. ولو أكرهها يجب عليه الحد دونها، ولا يجب عليه المهر، عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله .
ينظر: شرح الكنز (١/ ٢٦٦).

(٧) في (و، هـ): (لا يحد بوطء).

الواحد .(**وعليه مهرها**[١] **وذمية**) عطف على الضمير المستتر في وحُدَّ، وهذا جائز لوجود الفاصلة .(**زنى بها حربي وذمي زنى بحربية لا الحربي والحربية**) يعني الداخلين دارنا بأمان إذ لا حد في دار الحرب، وعند أبي يوسف: يحدون جميعاً، وعند محمد : زنى الحربي والحربية[٢] لا حد .(**وبهيمة**)[٣] لكنه غرر (**أو أتى في دبر**) هذا عنده، وعندهما وهو قول للشافعي[٤]: يحد حد الزنى إن لم يكن المأتي به عبده أو أمته أو منكوحة.

[أ ٧٨ و]. قال في "الحقائق" : لو فعل هذا بعبده أو أمته أو منكوحته لا يحد بلا خلاف[٥]، وإن كان حراماً بالإجماع في قول آخر للشافعي[٦] يقتلان بكل حال لقوله ﷺ : «اقتلوا الفاعل والمفعول»[٧]، سيما أنه في [خ ٩٨ظ] معنى الزنا، لأنه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراماً لقصد سفح الماء وله: أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة ﷺ في موجبه من الإحراق بالنار[٨]، وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع[٩]. [باتباع الحجارة، وغير

---

(١) لأن علي رضي الله عنه قضى؟بذلك؛ ولأنه سقط الحد فتعين عليه مهر المثل. ينظر: الكنز (١/ ٢٢٦).

(٢) (الحربية): لم ترد في (أ).

(٣) البهيمة إن كانت مما لا تؤكل تذبح ثم تحرق بالنار، ولا تحرق قبل الذبح وضمن الفاعل قيمة الدابة إن كانت لغيره، وإن كانت مما تؤكل تذبح فتؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند أبي يوسف تحرق. ينظر: الدرر (٢/ ٦٦).

(٤) ينظر: الهداية (٢/ ٣٩٢). والأم (٦/ ١٣٨) وما بعدها. ومغني المحتاج (٤/ ١٤٥).

(٥) وإنما يعزر لارتكابه المحظور. ينظر: تبيين الحقائق (٣/ ١٨١).

(٦) ينظر: حاشية عبد الحميد الشيرواني (٩/ ١٠٣). وحاشية تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر (٩/ ١٠٣).

(٧) ينظر: مسند أحمد (١/ ٣٠٠) رقم (٢٧٢٧). وأبو داود (٤/ ١٥٨) رقم (٤٤٦٢). وابن ماجه (٤/ ١٥٨) رقم (٢٥٦١). وسنن الترمذي (٤/ ٥٧) رقم (١٤٥٦). والمعجم الكبير (١١/ ٢٢٦) رقم (١١٥٦٩). وسنن البيهقي (٨/ ٢٣٢) رقم (١٩٧٩٨). ونصب الراية (٣/ ٣٣٩). الحديث الثالث والدراية (٢/ ١٠٣) رقم (٦٦٧). وغيرها.

(٨) لا حرق في النار: روى البيهقي في "شعب الايمان" من طريق خالد بن الوليد ﷺ كتب إلى أبي بكر أنه وجد رجلاً في بعض نواحي العرب ينكح كما ينكح المرأة، فجمع أبو بكر ﷺ الصحابة ﷺ فسألهم، فكان من أشدهم ذلك قولاً علي ﷺ قال: هذا ذنب لم يعص به إلا أمة واحدة صنع الله بها ما قد علمتهم نرى أن نحرقه بالنار، فاجتمع رأي الصحابة ﷺ على ذلك، وهو ضعيف جدا، ولو صح لكان قاطعاً للحجة. ينظر: سنن البيهقي (٨/ ٢٣٢-٢٣٣) رقم (١٦٨٠٥). نصب الراية (٣/ ٣٤٢). والدراية (٢/ ١٠٣).

(٩) التنكيس: فقد سئل ابن عباس ما حد اللوطي؟ قال: ينظر أعلى مكان في القرية فيرمى منه منكساً ثم يتبع بالحجارة. ينظر: سنن البيهقي (٨/ ٢٣٢) رقم (١٦٨٠١). نصب الراية (٣/ ٣٤٢). الدراية (٢/ ١٠٣).

ذلك][1] ولا هو في [ج٣ و] معنى الزنى، ليس في إضاعة الولد واشتباه الأنساب، وكذا هو نذر وقوعاً لانعدام الداعي في أحد الجانبين. والداعي إلى الزنى في الجانبين وما رواه الشافعي محمول على السياسة، [أو على المستحل إلا أنه يعزر عنده لما بينا كذا في "الهداية"[2]، وفي "شرح الجامع الصغير" للتمرتاشي[3]][4]، والرأي فيه إلى الإمام إن شاء قتله إذ اعتاده وإن شاء ضربه وحبسه.

(أو زنى في دار حرب أو بغي) خلافاً للشافعي[5]، **(ولا بزناً[6] في غير مكلف بمكلفة أصلاً)**، أي: لا على هذا، ولا على هذه.

وعند زفر وعند الشافعي[7]: تحد[8] هي[9] **(وفي عكسه حُدَّ هو فقط، ولأن أقروا حد به الآخر بنكاح وفي قتل أمه بزنا يجب الحد والقيمة والخليفة، ولا يحد)** لا؛ لأنه صاحب الحق، بل؛ لأنه صاحب الاستيفاء. **(ويقتصى ويؤخذ المال)**[10]، لأنه[11] يستوفيه ولي الحق إما بتمكينه أو باستيفائه بمنعة المسلمين.

باب شهادة الزنا والرجوع عنها

(من شهد بحد متقادم ولم يمنعه [د ١٣٨ظ] البعد عن إمامه)[12] [د١١٧ظ] لا عبرة للبعد إذا لم يكن منشاءً للتأخير[13] **(ولم يقبل)**[14] خلافاً للشافعي، **(إلا في**

---

(١) ما بين القوسين: لم ترد في (هـ). (٢) ينظر: الهداية (٢/ ٣٩١).

(٣) هو: أحمد بن إسماعيل بن محمد بن أبو غمش ظهير الدين التمرتاشي المكنى بابن عباس الخوارزمي الفقيه الحنفي المتوفى سنة (٦٠١هـ)، من مصنفاته: شرح الجامع الصغير للشيباني، وفتاوى التمرتاشي، وفرائض التمرتاشي وغيرها.
ينظر: تاج التراجم ابن قطلوبغا ص٩١. وطبقات الفقهاء طاش كبرى زاده ص٨٦. والفوائد البهية ص١٥. وهدية العارفين للبغدادي (١/ ٨٩). وكشف الظنون (٢/ ١٢٢١) ولم أقف على هذا الشرح (المحقق).

(٤) ما بين القوسين : لم ترد في (ب).

(٥) ينظر : حاشية الشيرواني (٩/ ١٠٨). ومغني المحتاج (٤/ ١٥٠).

(٦) في : (د، و، هـ) (ولا يزني). (٧) في (هـ): (فعند الشافعي وزفر).

(٨) وفي "المحيط" لو كسر فخذ المرأة في الزنا أو جرمها ضمن الدية في حالة واحدة لأنه شبه العمد. ينظر: شرح الكنز (١/ ٢٢٨).

(٩) ينظر : حواشي الشيرواني ٩/ ١١٥، ومغني المحتاج : ٤/ ١٤٧، الام: ٧/ ١٨٢، اعانة الطالبين ٤/ ١٤٢.

(١٠) في (و) : (بالمال). (١١) في (هـ): (إلى).

(١٢) في (هـ): (عن الإمام). (١٣) في (ج): (التأجير).

(١٤) في (هـ): (ولا تقبل).

حد[١] **قذف**)[٢] إذ فيه حق العبد وما فيه حقه [هـ١٨٦ظ] فالدعوى[٣] فيه[٤] شرط فيحمل التأخير على انعدامه .(**وضمن السرقة**) أي[٥] إن[٦]شهدوا السرقة المتقادمة[٧]يثبت الضمان لأنه حق العبد فلا يسقط بالتقادم وهو[٨] لم يقدره[٩]في الأصول تقديراً وتصريحاً، وظاهر ما بقوله في "الجامع الصغير"[١٠]: يشير إلى أن ستة أشهر فما فوقها متقادمة، وقد روي في غير رواية الأصول أن الشهر فما فوقه متقادم.

وعن أبي يوسف جهدنا عن أبي حنيفة حتى يتبين لنا ذلك مدة[١١] فأبى، وقال[١٢] على قدر ما يرى الإمام فيه من "الذخيرة"[١٣]. وعن محمد وهو رواية عن الشيخين أنه قدره بالشهر، قال في "الهداية": وهو[١٤] الأصح[١٥]. (**وإن أقر به**) أي[١٦] بالحد المقام .(**حد**) خلافاً لزفر وهو يعتبره بالبينة. ولهم: أن المانع من قول الشهادة على حد المتقادم تطرق[١٧] التهمة عليها[١٨] من حيث أن الشاهد على سببه مخير في الابتداء بين أن يستر عليه[١٩] فبتأخيره كان ميله إلى الستر ظاهراً، ثم (**إقدامه على**)[٢٠] اداء الشهادة كان محمولاً على أن العداوة حملته على ذلك وهذا المعنى[٢١] لا يوجد في الإقرار إلا في الشرب على ما سيأتي فإن قلت:

---

(١) (حد): زيادة في المحقق.
(٢) (قذف): لم ترد في (هـ).
(٣) في (و): (فالدعوى).
(٤) (فيه): لم ترد في (هـ).
(٥) (أي): لم ترد في (هـ).
(٦) (أن): لم ترد في (أ).
(٧) في (ب): (المتقامة).
(٨) (وهو): لم ترد في (هـ).
(٩) في (أ) : (يقدر).
(١٠) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٧٧).وهو: للإ مام المجتهد محمد بن الحسن الشيباني الحنفي (ت ١٨٩هـ) يشتمل على ألف وخمسمائة واثنتين وثلاثين مسألة والمشايخ يعظمونه حتى قالوا لا يصح المرء للفتوى ولا للقضاء إلا إذا علم مسألة وعليه شروح كثيرة ذكرها حاجي خليفة وهو كتاب مطبوع. ينظر: كشف الظنون (١/ ٥٦١). والفوائد البهية (ص١٦٣) .
(١١) (مدة): لم ترد في (ب).
(١٢) في (هـ): قال.
(١٣) الذخيرة : هي ذخير الفتاوى لبرهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن مازة البخاري - صاحب المحيط- اختصرها في كتابه المشهور بالمحيط البرهاني جمع مسائل قد استفتى عنها واحال جواب كل مسألة إلى كتاب موثوق به أو إلى الإمام يعتمد عليه وذكر فيها جواب ظاهر الرواية. ينظر: كشف الظنون (١/ ٨٢٣). وتوجد نسخة منها في المكتبة القادرية ببغداد وتحت رقم ٢٧١١م.خ٧١٢٥م ص٠.
(١٤) في (ب، ج) (هو).
(١٥) ينظر: الهداية (١/ ٣٩٤).
(١٦) (أي): لم ترد في (هـ).
(١٧) في (ب): (بطريق).
(١٨) (عليها): لم ترد في (ب، ج).
(١٩) في (و): (أن يستر عليه وشهد عليه).
(٢٠) ما بين القوسين مكرر في (ب).
(٢١) في (أ، د): (يعني).

أليس ما ذكر آنفاً شاملاً [٦ب ١٠٨و] للإقرار والشرب[١][٢]، قلت: نعم. ولذلك قال محمد: التقادم لا يبطل الإقرار بالشرب كما في حد الزنا إلا أن الشيخين أخذا فيه بالأثر ورجحاه على القياس .**(وتقادم الشرب بزوال الريح)** وعند محمد بمضي شهر **(ولغيره بمضي شهر)**[٣]. قال في "المبسوط": والأصح ما نقل عن أبي يوسف ومحمد [خ٩٨ ج] انهما قدرا ذلك بشهر[٤] .[ج٤ظ].

(وإن شهدوا بزنا، وهي غائبة حد، وبسرقةٍ من غائبٍ لا) لشرطية الدعوى في السرقة دون الزنا .**(ولو اختلف أربعة في زاوية بيت)** هذا استحسان، والقياس أن لا يحد، لاختلاف المكان حقيقة، وجه الاستحسان: أن التوفيق ممكن [أ ٧٩ظ] بأن يكون ابتدأ الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية أخرى بالاضطراب .**(أو أقر بزنى وجهلها حد)** لا ؛ لأنه لا يخفى عليه امرأته أو امته؛ لأنها تحتمل أن تكون [ز ١٣٨و] أمة ابنه، وهي تجوز، أن يخفى عليه بل لما ذكر في التقسيم والتشجير في شروح "الجامع الصغير"[٥] أنه أقر بالزنا وهو غير متهم في حق نفسه .**(وإن شهدوا كذلك)** أي شهدوا وجهلوا الموطؤة، لا حد على المشهود عليه[٦] لاحتمال أنها امرأته أو أمته، بل الظاهر هو ولا على الشهود لوجود النصاب .**(أو**[٧] **اختلفوا في طوعها)** هذا عنده، وهو قول زفر. وقالا: يحد الرجل لاتفاق[٨] الأربعة على زناه لا المرأة للاختلاف في طوعها، وله أنه اختلف المشهود عليه؛ لأن الزنا فعل واحد يقوم بهما، ولا يحد الشهود لما مر [هـ١٨٧و] .**(أو بلد زناه)** لا حد عليها **(ولا على الشهود)**[٩] [لما مر، وفي الثاني خلاف زفر **(واتفق حجتاه في وقته واختلفا في بلده)** لا حد عليهما][١٠] للتيقن بكذب أحد الفريقين ولا رجحان لأحدهما فيرد الجميع، ولا عليهم، لهذا احتمال صدق كل فريق يعني مع وجود النصاب، إذ بدونه لا يجري [ذلك الاحتمال وبدون احتمال الصدق][١١] لا

---

(١) في (أ، د، و، ز): (بالشرب).
(٢) في (هـ): (بالثبوت).
(٣) ما بين القوسين: لم ترد في (ب، هـ).
(٤) ينظر: المبسوط (٩/ ٧٠).
(٥) هناك شراح كثيرون قاموا بشرح الجامع الصغير لمحمد بن الحسن الشيباني، وقد ذكروا في طبقات الحنفية وكشف الظنون. ينظر: طبقات الحنفية (١/ ٤٤٩). وكشف الظنون (١/ ٥٦١).
(٦) (عليه): لم ترد في (أ).
(٧) (أو): لم ترد في (هـ).
(٨) (لاتفاق): لم ترد في (د).
(٩) ما بين القوسين: لم ترد في (ب، ج).
(١٠) ما بين القوسين: لم ترد في (ج، و).
(١١) ما بين القوسين: لم ترد في (أ، ج، هـ).

يجري وجود النصاب، والله أعلم بالصواب.

(أو شهدوا بزنا وهي بكر) أي ثبت بكارتها بشهادة النساء، فيندري به حد الزنا، ولا يثبت حد القذف لشرطية[١] الرجال فيه .**(أو هم فسقة)** لا حد عليه، لأن شهادة الفساق غير مقبولة، ولا عليهم لأنهم أهل للشهادة .**(وهم أربعة شهود وعلى شهود لم يحد أحد)** لأن في شهادتهم زيادة شبهة وهم ما نسبوا المشهود عليه إلى الزنا بل حكوا شهادة الأصول بذلك، والحاكي[٢] للقذف لا يكون قاذفاً .**(وان شهد الأصول أيضاً بعدهم)** [لأن شهادتهم قد ردت من وجه][٣] برد فروعهم في عين هذه الحادثة [ب ١٠٩ظ] إذ هم قائمون مقامهم بالأمر والتحمل، وكفى هذا القدر في درءالحد، وأما ما قيل إنما ترد[٤] بشهادة[٥] الأصول، لأنهم سعوا إلى إثبات الزنا من[٦] بأمرغيرمشروع، فلا يكون شهادتهم حسية، بل سيما في إشاعة الفاحشة لعداوة أو نحوها، فيرد شهادتهم[٧] لهذه التهمة[٨]، فلا يخلوا عن المصادرة؛ لأن سعيهم إلى إثبات الزنا بأمر غير مشروع على تقدير عدم[٩] قبول شهادتهم والكلام في إثباته، فبناء بيانه [ز ١٣٩ظ] على ذلك يفضي إلى ما قلنا. **(وإن شهدوا عمياناً أو ثلاثة أو أحدهم عبداً محدود بقذف)** [ج ٤و] ترك المسألة القائلة، أو محدودين بقذف لانفهامها ما ذكر بطريق الدلالة أو وجد كذا بعد الحد حدوا لعدم النصاب، أو أهلية[١٠] الشهادة تحملاً أو أداء فيجب الحد لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾[١١].

[فصل في مستحق القصاص][١٢]

[خ ٩٩ظ] **(وأرش[١٣] جرح جلده هدر)**[١٤] أي: جلده بشهادة الشهود[١٥]

---

(١) في (أ): (بشرطية).

(٢) في (ب، ج): (الحاكم).

(٣) ما بين القوسين: مكرر في (و).

(٤) (إنما ترد): لم ترد في (و).

(٥) في (خ): (في شهادة).

(٦) في (أ، هـ، و): (الزنا من).

(٧) في (و): (بشهادتهم كذلك).

(٨) (لهذه التهمة): لم ترد في (و).

(٩) (عدم): لم ترد في (أ).

(١٠) في (ب): (وأهلية).

(١١) سورة النور: الآية ٤.

(١٢) ما بين القوسين، زيادة من (و).

(١٣) أرش: الجراحة، وديتها والجمع: اروش. ينظر: المصباح المنير (١/ ١٢).

(١٤) هدر: هدر دمه، بطل وبابه ضرب، وأهدره السلطان أي أبطله وأباحه وذهب دمه. ينظر: مختار الصحاح (١/ ٢٨٨).

(١٥) في (أ): (بشهادة الشهود).

فجرحه الجلد ثم ظهر أحد[١] الشهود عبداً[٢] أو محدوداً في قذف، فأرش الجلد هدر [د ١١٨ظ] عنده. وقالا: في بيت المال؛ لأنه ينتقل فعل[٣] الجلاد إلى القاضي، [وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في حق[٤] ما لهم. وله: أن الفعل الجارح لا ينتقل إلى القاضي؛ لأنه لم يأمر به فيقتصر على الجلاد][٥] إلا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة .**(ودية رجمه[٦] في بيت المال)** أي: رجم بشهادة الشهود، ثم ظهر أحدهم عبداً أو نحوه، فدية الرجم في بيت المال .**(وأي رجع من الأربعة بعد رجم حد)** أي حد الراجع فقط حد القذف.

وقال زفر: لا يحد؛ لأنه إن كان قاذف حي[٧] فقد بطل بالموت، وإن كان قاذف[٨] ميت فهو مرجوم بحكم القاضي، فيورث ذلك شبهة.

ولهم: أن الشهادة إنما تنقلب قذفاً بالرجوع إذ به تفسخ [أ ٧٩و] شهادته فيجعل للحال قذفاً للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبتني عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة، بخلاف ما إذا قذفه غيره[٩]؛ لأنه غيرمحصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه .**(وغرم ربع الدية)** وقال الشافعي[١٠]: يجب القتل دون المال بناء على أصله في شهود القصاص[١١]. **(وقبله)** أي: قبل الرجم [هـ ١٨٨ظ] **(حدوا فقط)** أي: حد جميع الشهود حد القذف، ولا يحد المشهود عليه.

قال زفر: إن كان الرجوع قبل الحكم يحد الراجع خاصة؛ لأنه لا يصدق على غيره.

ولهم: أن كلامهم قذف في الأصل وإنما تصير شهادة باتصال القضاء به[١٢] فإذا لم يتصل بقي قذفاً فيحدون[١٣].

وقال محمد: إن كان الرجوع بعد الحكم [ز ١٣٩و] حد الراجع ولا يحد الباقون؛ لأن الشهادة تأكدت بالقضاء [ب ١٠٦و] فلا تنفسخ إلا في حق الراجع،

---

(١) في (هـ): (ان أحد).
(٢) في (هـ): (عبد).
(٣) في (ب، ج، د): (في فصل).
(٤) (حق): لم ترد في (أ، د، و).
(٥) ما بين القوسين: لم ترد في (هـ).
(٦) في (ب، ج): (رجم).
(٧) في (هـ): (حياً).
(٨) في (هـ): (المقذوف).
(٩) في (أ): (غير).
(١٠) (الشافعي): لم ترد في (هـ).
(١١) ينظر: مغني المحتاج (٤/ ٤٦).
(١٢) (به): لم ترد في (هـ).
(١٣) ينظر: الهداية (٢/ ٣٩٧).

[كما إذا رجع][1] بعد الإمضاء.

[ولهما: أن الإمضاء][2] من القضاء فصار كما إذا رجع واحد قبل القضاء، ولهذا يسقط الحد عن المشهود عليه[3]. **(ولا شيء على خامس رجع)**[4] يعني: بعد الرجم. **(وإن رجع آخر حد أو غرم**[5] **ربع ديته)** لأن المعتبر بقاء من بقي، لا رجوع من رجع، وقد بقي النصاب في الأولى[6] وثلاثة أرباعه في الثانية. **(وضمن الدية من قتل المأمور برجمه)**[7] بأن ضرب عنقه مثلاً. **(وزكى شهود الزنا)** عطف على قتل. **(فرجم فظهروا عبيداً أو كفاراً فيهما)**[8] أي: في المسألتين[9] أو[10] القتل والتزكية والضمان على المزكي في قول أبي حنيفة.

[ج ٥ ظ].

وعندهما: لا ضمان عليه بل في بيت المال.

(وبيت المال إن لم يزكِّ فرجم) أي ضمن بيت المال إذا شهدوا بالرجم فرجم[11] قبل التزكية فظهروا عبيداً أو نحو ذلك.

(وإن شهدوا بزنا وأقروا بنظرهم عمداً قبلت)[12] [د ١٩٨و] أي: لشهادتهم؛ لأنه يباح النظر لتحمل الشهادة.

(وإن أنكروا وطء عرسه وقد ولدت منه أو شهد بإحصانه رجل وامرأتان رجم) خلافاً لزفر والشافعي [13]: مر على أصله أن شهادتهن غير مقبولة في غير الأموال. وزفر يقول: أنه [خ ٩٩و] شرط في معنى العلة؛ لأن الجناية تتغلظ عنده، فيضاف الحكم إليه فالشبهة حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالاً للدرء.

---

(١) ما بين القوسين لم ترد في (و).

(٢) ما بين القوسين: لم ترد في (هـ).

(٣) ينظر: الهداية (٢/ ٣٩٧).

(٤) (رجع): لم ترد في (هـ).

(٥) في (ب، ج، هـ، و): (غرما).

(٦) في (أ، ز): (الأول).

(٧) في (ب): (برجم).

(٨) في (هـ): (منهما).

(٩) في (أ، ز): (مسألة). وفي (د، و): (مسألتي).

(١٠) (أو): لم ترد في (ب، د، و، هـ، ز).

(١١) (فرجم): لم ترد في (ب، و، ج).

(١٢) إذا قالوا: تعمدنا النظر إلى فرجها لا تقبل شهادتهم؛ لأن اداء الشهادة لابد له من التحمل، ولابد للتحمل من النظر إلى عين الفرج، ويباح إليهم النظر إليها لإقامة الحسبة كما يباح للطبيب المعالجة، ولو قالوا: نظرنا مكرراً بطلت شهادتهم؛ لأنه سقطت عدالتهم. (ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٥١١).

(١٣) ينظر: الأم (٧/ ٤٧). والبيان (١٣/ ٣٦٩). والهداية (٢/ ٣٩٨).

ولهم: أن الإحصان عبارة عن الخصال الحميدة، وإنها مانعة من الزنا، فلا يكون في معنى العلة.

باب حد الشرب

(هو ثمانون سوطاً للحر[١] **ونصفها للعبد بشرب الخمر ولو قطرة، فمن**[٢] **أخذ بريحها وإن زالت لبعد المسافة).**

قال في "الذخيرة": وإذا أخذه الشهود، وهو سكران أو أخذوه، وقد شرب خمراً أو ريحها توجد منه فذهبوا إلى مصر فيه الإمام، فانقطع ذلك منه يعني الرائحة قبل أن ينتهوا به إلى الإمام يحد؛ وهذا لأن الاحتراز عن مثل هذا غير ممكن فلا يعتبر مانعاً [ز ١٤٠ظ] عن إقامة الحد، كما لو ذهبت الرائحة بالمعالجة **(أو السكران)**[٣] وإنما[٤] [قال هذا][٥] لأن الشرط وجود أحدهما.

قال قاضيان في "شرح الجامع الصغير"[٦]: وكذا لو شوهد عليه بشرب الخمر وريحها توجد منه، أو جاءوا به سكران، [يوافقه اشارة صاحب "الهداية"[٧] في قوله: فإن أخذه الشهود وريحها توجد منه أو جاءوا به سكران][٨] ثم أشار إلى حد السكران بقوله **(زائل العقل)** وهو من [هـ١٨٩و] لا يفرق الأرض من السماء ولا الرجال من النساء، وهذا عنده، وعندهما: من يهذي ويخلط كلامه جده بهزله[٩][١٠] وعلى قولهما أكثر المشايخ، وعند الشافعي[١١]: المعتبر ظهور أثر السكر في مشيته [وحركاته وأطرافه وهذا مما يختلف بالأشخاص، فإن الصاحي ربما يتمايل في مشيته][١٢]والسكران قد لا يتمايل ويمشي مستقيماً.

(ولو بنبيذ) يعني النبيذ المحرم ذكره في التبيين .**(و**[١٣]**اقر به)** أي شرب الخمر والمسكر من سائر الأشربة المحرمة [أ ٨٠ و] نبيذاً كان أو غيره مرة خلافاً لأبي يوسف فإنه يشترط الإقرار مرتين[١٤].

---

(١) في (و): (للحرة).
(٢) في (هـ): (ولو).
(٣) في (د): (السكر).
(٤) في (أ): (إنما).
(٥) ما بين القوسين، لم ترد في (و).
(٦) ينظر: سبق التعريف به ويراجع، كشف الظنون: (١/ ٥٦٢) وما بعدهما.
(٧) ينظر: الهداية (٢/ ٣٩٨).
(٨) ما بين القوسين، لم ترد في (و).
(٩) في (أ): (جده بمهزله).
(١٠) في (هـ): يهتدي.
(١١) ينظر: مغني المحتاج (٣/ ٢٧٩).
(١٢) ما بين القوسين لم ترد في (هـ).
(١٣) في (ز): (أو).
(١٤) ينظر: الهداية (٢/ ٤٠٠).

(أو شهد به رجلان) إنما قال رجلان لعدم قبول شهادة النساء **(وعلم شربه طوعاً)** أي : لا مكرهاً ولا مضطراً أشير[١] إلى هذا في "الهداية" **(يحد صاحياً)**.

قال قاضيخان في شرح "الجامع الصغير" : لا يحد قبل ذهاب السكرة [ب١١٩ظ]؛ لأنه ربما يصحو[٢] فيدمي شبهة تمنع الحد[٣]؛ ولأن الأجر لا يحصل بإقامة [ج ٥و] الحد قبل ذهاب السكر.

(وإن أقر به أو شهدا عليه بعد زوال الريح) لم يقل ههنا لبعدها اعتماداً على ما فهم مما سبق من قوله، وإن زالت لبعد المسافة. **(أو تقيأها، أو وجد ريحها منه)** أي علم شربه الخمر بأحد هذين بلا إقرار وشهادة **(أو رجع عن إقرار شرب الخمر أو السكر[٤] أو أقر سكران لا)**. أي: لا يحد في هذه الصورة، اعلم أنه لا يحد عندها، إن أقر بعد ذهاب رائحتها[٥].

وعند محمد: يحد له أنه غير متهم في الإقرار فيؤخذ بإقراره كما في سائر الحدود، ولهما: أن حد الشرب بالإقرار يثبت بإجماع الصحابة[٦]، والإجماع إلا يرى عمر وأبي مسعود[٧] قد شرطا قيام الرائحة في [ز ١٤٠و] إقامة حد الشرب

---

(١) في (هـ) : (يشير).

(٢) في (أ) : (يصحف).

(٣) في (هـ) : (الحدود).

(٤) في (أ) : (السكران).

(٥) في (أ، هـ) : (رائحتها).

(٦) لم يجده مخرجوا "الهداية" وإنما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٧/ ٣٧٠) وما بعدها (١٣٥١٩). وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٥٢٤) رقم (٢٨٦٢٩). وعن الثوري عن يحيى بن عبد الله التميمي عن أبي ماجد الحنفي عن ابن مسعود ﷺ: (أتاه رجل بابن أخيه وهو سكران، فقال: إني وجدت هذا سكران يا أبا عبد الرحمٰن، فقال: ترتروه ومزمزوه واستنكهوه ومزمزوه واستنكهوه فوجدوا منه ريح شراب فأمر به عبد الله إلى السجن ثم أخرجه من الغد ثم أمر بالسوط فدقت ثمرته حتى آضت له مخفقة - يعني صارت- ثم قال للجلاد: اضرب وارجع يدك واعط كل عضو حقه. وفي صحيح مسلم واللفظ له (١/ ٥٥١) رقم (٨٠١) والبخاري (٤/ ١٩١٢) رقم (٤٧١٥). عن علقمة عن عبد الله قال: ثم كنت بحمص فقال لي بعض القول: اقرأ علينا فقرأت عليهم سورة يوسف، فقال رجل من القوم: والله ما هكذا أنزلت، قال، قلت: ويحك! والله لقد قرأتها على رسول الله ﷺ فبينما أنا أكلمه إذ وجدت منه ريح الخمر، قال، قلت: أتشرب الخمر وتكذب بالكتاب لا تبرح حتى أجلدك، قال: فجلدته الحد).

(٧) هو عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي من أجلاء الصحابة هاجر الهجرتين وشهد بدراً وما بعدها كان يلي حمل نعلي النبي صلى الله عليه وسلم ويلي طهوره ويرحل دابته إذا اراد الركوب توفي في أيام عثمان رضي الله عنه (٣٣هـ)وصلى عليه عثمان ودفن بالبقيع وعمره بضع وستون سنة، ينظر: طبقات الفقهاء (١/ ٢٤). شذرات الذهب (١/ ٣٨). سير أعلام النبلاء (٥/ =

بالقرار ذكره في الذخيرة[١]، وكذلك إذا شهدوا عليه بعدما ذهب ريحها[٢] لم يحد عندها.

وقال محمد : يحد، قال قاضيخان في شرح "الجامع الصغير" :أجمع أصحابنا على أن التقادم [خ١٠٠ظ] يمنع قبول هذه الشهادة، لكن اختلفوا في حد التقادم فيها[٣]، فعندهما[٤]، حده فيها انقطاع الرائحة..

وعند محمد : السكر[٥]كما في سائر الحدود والمفهوم من "الهداية" ، أن محمد أخذ فيه بالقياس، وهما: أخذ بالأثر وهو قول أبي مسعود ، فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه، وفيه أنهم صرحوا في موضعه بأن القياس لا مدخل له في التقدير خصوصاً فيما يتعلق بالحدود التي حقها السقوط بالشبهة (**ولو ارتد هو لا تحرم عليه عرسه**)، أي: لا يعتبر ارتداده لعدم القصد والاعتقاد، وهو شرط فيه، وعند أبي يوسف، ارتداده كفر ذكره في "الذخيرة" (**ونزع ثوبه وفرق جلده**) كما في الزنا فيستوفي[٦] في المواضع التي استثنيت في حد الزنا.

باب حد القذف

هو في اللغة : عبارة عن الرمي مطلقاً.

وفي الشرع : الرمي بالزنا صريحاً.

(من قذف محصناً أي[٧]حراً مكلفاً مسلماً عفيفاً عن الزنا وما في[٨]ما معناه) أشار إليه في "المبسوط" ، حيث قال: وإذا تزوج امرأة بغير شهود، أو في عدة من زوج آخر، أو تزوجها وهي مجوسية، ووطئها سقط بها[٩] إحصانه؛ لأن العقد الفاسد[هـ١٩٠و] غير موجب للملك، والوطء في غير الملك في معنى الزنا[١٠] **(بصريحه)** لو قال[١١]: لامرأته يا زاني فعليه الحد بالاتفاق.

= ١٩٥). العبر في خبر من غبر (١/ ٣٣). النجوم الزاهرة (١/ ١٩٩)، والبداية والنهاية (٥/ ٣٣٦) وما بعدها. الكامل في التاريخ (٣/ ٢٩). أسد الغابة (٣/ ٢٥٦)، خطط المقريزي (١/ ١٤٢).

(١) ينظر : الهداية : (٢/ ٣٩٨-٣٩٩).

(٢) في (أ) : (رائحها) .

(٣) في (و) : (بها).

(٤) في (أ٩) : (فعندهم).

(٥) في (أ، ج): (الشهرة)، وفي (هـ، ز): (شهر).

(٦) في (أ) : (فيتوقع)، وفي: (فيتوقي)، ولم ترد في (و).

(٧) في (أ): (أو).

(٨) (وما في): لم ترد في (ج).

(٩) في (هـ، و، ز) (به).

(١٠) ينظر: المبسوط (٩/ ١١٧).

(١١) (لو قال): مكرر في (هـ).

ولو قال لرجل: يا زانية، فلا حد عليه عندهما استحساناً، وفي القياس عليه الحد وبه أخذ محمد، كذا في "المبسوط"[١]، فما ذكر على إطلاقه إنما ينطبق على قوله (**أو بزنأت في**[٢] **الجبل**)، لأن معناه زنيت في الجبل [فإنه كما جاء ناقصاً جاء مهموزاً أيضاً فلو قال لغيره: زنأت في الجبل][٣]، وقال : عنيت صعود الجبل حد عندهما.

وقال محمد: لا يحد [ج ٦و] ؛ لأن المهموز[٤] منه للصعود وحقيقة وذكر[٥] الجبل يقرره مراداً[٦].

ولهما: أنه يستعمل[ز٤١ظ] في الفاحشة مهموزاً أيضاً ؛ لأن من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب والسباب[٧] تعين الفاحشة مراداً، وذكر الجبل إنما يقين الصعود مراداً إذا كان مقروناً بكلمة على إذا هو المستعمل فيه.

(**أو لست لأبيك، أو لست بأبي فلان هو أبوه لمن أمه محصنة**) لابد من هذا القيد؛ لأن المقذوف بالزنا في الصورتين[٨] المذكورتين الأم والمعتبر إحصان المقذوف لا إحصان من يطلب[٩] الحد[١٠] صرح بذلك في "المبسوط" [١١] (**في غضب**) يتعلق بالصور الثلاث، فإن نفي النسب في غير الغضب يحتمل المعاتبة (**أو يا ابن الزانية لمن أمه ميتة محصنة حد ثمانين سوطاً إن طلب**) أي: الحد وسيأتي بيان من له الطلب، (**لا بلست بابن فلان هو جده وبنسبته اليه، أو إلى عمه أو خاله أو رابه**) أي زوج أمه فالجد أي مجازاً، فلو نفى أبوته لا يحد، وكذا لو نسب إليه، وكذا العم والخال والرَّاب يسمى أباً مجازاً.

وقوله (**يا ابن ماء السماء ويا نبطى**[١٢] **لعربي**) إذ لا يراد بهما نفي النسب بل

---

(١) ينظر : المبسوط (٩/ ١١٩).
(٢) في (أ) : (على).
(٣) ما بين القوسين، لم ترد في (هـ).
(٤) في (هـ): (المفهوم).
(٥) في (هـ): (وذكر يحقق).
(٦) ينظر : المبسوط : (٩/ ١٢٦) وما بعدها، وبدائع الصنائع : (٥/ ٥٠١).
(٧) في (هـ): (وأسباب).
(٨) في (هـ): (الصورة).
(٩) في (هـ) : (يطلب الخروج).
(١٠) (الحد): لم ترد في (هـ).
(١١) ينظر : المبسوط (٩/ ١٢١).
(١٢) النبطي: جيل من الناس بسواد العراق ينزلونه بالبطائح بين الفريقين كالنبيط والأنباط وهو نبطي. ينظر : المغرب (٢/ ٢٨٤). ولسان العرب (٧/ ٤١١). والقاموس المحيط (١/ ٨٩٠).

التشبيه فيما يوصفان[1] به، [وفيه نظر، لأن [خ١٠٠و] حالة الغضب يأتي عن قصد[2] التشبيه فيما يوصف به][3] في الاول كما يأتي عن القصد إلى معنى الصعود في زنات[4] في الجبل، (و[5] **الطلب بقذف الميت للوالد وولده والوالد)**[6][7]، ويشتمل هذا ولد البنت وفيه خلاف محمد في (**غير ظاهر الرواية)**[8].

وقال زفر: مع وجود الولد ليس لولد[9] الولد[10]، ذلك ذكره في "الحقائق"[11] (**ولو محروماً)** خلافاً للشافعي؛ مطلقاً بناء على أن حد القذف يورث عنده[12]، وعندنا لا بل يثبت لمن يلحق به العار. ولزفر: فيما كان المحروم عبداً [ب١١١ظ] أو كافراً.

(**ولا يطالب أحد سيده وأباه بقذف أمه وليس فيه إرث)**هذا تنصيص[13] بما فهم من قوله ولو محروماً.

(**وعفو واعتياض)** وعند الشافعي يجري فيه الإرث ونحو[14] وهذا بناء على أن ما في حد القذف من حق العبد [يغلب عنده[15] على حق الله تعالى تقديماً لحق

---

(١) (هـ): (يوصف).
(٢) في (ب، ج): (الغصب).
(٣) ما بين القوسين، لم ترد في (هـ).
(٤) في (هـ): (زنيت).
(٥) في (هـ) : (والطالب).
(٦) في (و، هـ): (للوالد والوالده والولد وولده).
(٧) (والولد): لم ترد في (ب، ج).
(٨) وهي المسائل التي رويت عن الأئمة في غير الكتب المذكورة، أما في كتاب آخر لمحمد: كاليسانيات، والرقيات، والجرجانيات، والهاردنيات.
أما في كتب غير محمد: كالمجرد للحسن بن زياد، ومنها كتب الأمالي، والاملاء أن يقعد العالم وحوله التلامذة مجلساً يجمعون ما كتبوا وكان هذا عادة أصحابنا المتقدمين.
ومنها الروايات المتفرقة: كروايات ابن سماعة وغيره من أصحاب محمد وغيره من مسائل مخالفة للأصول، فإنها غير ظاهرة الرواية، وتعد من النوادر كما يقال: نوادر ابن سماعة، ونوادر هشام، ونوادر ابن رستم وغيره. ينظر: طبقات الحنفية (١/ ٥٦٠). وكشف الظنون (٢/ ١٢٨٢). النافع الكبير ص١٧ وما بعدها.
(٩) في (و): (ولد).
(١٠) في (أ) : (بولد).
(١١) ينظر: تبيين الحقائق (٣/ ٢٠٢).
(١٢) ينظر : البيان (١٢/ ٤١٧) وما بعدها. التنبيه (١/ ١٤٩).
(١٣) في (ب، ج، د): (ما).
(١٤) (حرف (الواو): مكرر في (أ).
(١٥) (عنده): لم ترد في (أ، ب، د) (له الحاجة).

من له الحاجة[١].

وعندنا: على العكس لا، لأنه[٢] حق العبد][٣] وهو دفع العار راجع إلى الله تعالى أيضاً بناء على أن النسب إلى الزنا إنما يكون سبباً للعار [ز ١٤١و] (إنما يكون)[٤]، لأن الله تعالى حرمه، إذ لا يخفى على[٥]، ما في[٦] هذا المبنى من الخلل، بل لأن ما للعبد من الحق يتولاه مولاه، فيصير حق العبد عيابه[٧]، ولا كذلك عكسه؛ لأنه[٨] لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع إلا نيابة[٩].

(وإن قال يا زاني فرد ببل أنت حُدا) لم يقل بلا [هـ١٩١] بل أنت إذ لا حاجة إلى زيادة لا، **(ولو[١٠] قال لعرسه يا زانية)**[١١] [ج ٦و]، وهو أهل للشهادة إنما قال هذا لأنه إذا لم يكن أهلاً لها، لا يكون موجب قذفه لعاناً بل حداً فيحد. **(فردت به حُدَّتْ ولا لعان)** لأنهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد وفي البداية بالحد إبطال اللعان [لما عرفت أن المحدود وفي القذف ليس بأهل له ولا إبطال في عكسه أصلاً فيحتال للدرء إذا اللعان][١٢] في معنى الحد.

(وبزنيت بك) أي إذا أردت[١٣] بقولها زنيت بك **(هدراً)**[١٤] أي لا حد [وفي البداية][١٥] لا لعان لأنها صدقته فسقط اللعان بتصديقها، ولم تصر قاذفة؛ لأن فعل المرأة بزوجها[١٦] لا يكون زنا كذا في "المبسوط"[١٧].

(ولاعن إن أقر بولد فنفي) لأن النسب يثبت بإقراره، ثم بالنفي يصير قاذفاً

---

(١) (عنده): لم ترد في (ب، ج) (له الحاجة).

(٢) في (أ): (لأن).

(٣) ما بين القوسين، لم ترد في (هـ).

(٤) ما بين القوسين، زيادة من (ب، د).

(٥) (على): لم ترد في (هـ، و).

(٦) في (أ): (عيابه).

(٧) في (ج، و، هـ): (مر عيابه).

(٨) في (ج): (لالاولاية).

(٩) في (هـ): (لا نيابة).

(١٠) في (و): (وقال).

(١١) (يا زانية): زدتها لاستقامة النص.

(١٢) ما بين القوسين، لم ترد في (ب، ج).

(١٣) في (أ): (ردت).

(١٤) بطل الحد كما بطل اللعان لوقوع الشك في كل منهما لاحتمال انها أرادت الزنى قبل النكاح فيجب الحد لا اللعان، واحتمال انها أرادت زناي هو الذي كان معك بعد النكاح؛ لأني ما مكنت أحداً غيرك، وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا يجب اللعان لا الحد لوجود القذف منه لا منها فجاء الشك هذا إذا لاقتصرت على هذه، ولو زادت قبل أن أتزوجك تحد المرأة وحدها وقيد بكونها امرأته؛ لأنه لو كان ذلك كله مع أجنبية لم يحد هو بل هي لأنها صدقته، ولو قالت في جوابها أنت أزنى حد الرجل وحده. ينظر: مجمع الأنهر (١/ ٦١٥).

(١٥) ما بين القوسين لم ترد في (ب، ج).

(١٦) في (هـ): (لزوجها).

(١٧) ينظر: المبسوط (٩/ ١١٩).

فيجب اللعان .(**وحد إن عكس**) لأنه أكذب نفسه فيجب الحد .(**والولد له فيهما**) أي يثبت النسب في الصورتين لا قراره سابقاً أو لاحقاً .(**ولا شيء بليس**[١] **بابني ولا بابنك**) لأنه أنكر الولادة أصلاً.

(**ولا حد بقذف من لها ولد لا أب له**) أي ليس له أب معروف؛ لأنه أمارة الزنا فلا يوجد العفة عن الزنا.

(**أو الملاعنه بولد**)انما قال بولد إذ يجب الحد بقذف الملا عنه بغير ولد والفرق بينهما، إنه وجد في الأول إمارة الزنا، وهي ولادة والولد[٢] الذي لا أب له دون الثاني (**ولا بقذف من وطئ حراماً لعينه كوطء في غير ملك من كل وجه أو من وجه كأمه مشتركة أو وطء مملوكة حرمت أبداً كالأمه التي هي أخته رضاعاً، ولا يقذف من زنت في كفرها ومكاتب مات عن وفاء**) [خ١٠١ظ].

لأن الحد إنما يجب بقذف الحر، وفي حرية هذا[٣] المكاتب اختلاف الصحابة [ب١١١و]، (**وحد بقذف من وطأ [أ ٨١ظ] حراماً لغيره كوطء عرسه حائضاً، ووطء مملوكة حرمت مؤقتة، كأمةٍ [ز ١٤٢ظ] مجوسية أو مكاتبة**).

حرمة الأولى مؤقتة إلى زمان إسلامها[٤]، وكونها[٥] كتابية.

والثانية : أن زمان العجر [كأمته مجوسية أو مكاتبة][٦].

وعند زفر: وطء المكاتبة يسقط الإحصان، وهو رواية عن أبي يوسف.

(**كمجوسي نكح أمه فأسلم**) هذا عنده، خلافاً لهما.

ومبنى الخلاف: على أن نكاح المحارم حكم الصحة فيما بينهم أولاً.

(**ومستأمن**[٧] **بالرفع عطف على الضمير المستتر في حد.**

(**قذف مسلماً**) لم يقل هنا لعدم الحاجة إلى ذكره، فإن المستأمن، وإن كان عاماً بحسب المفهوم لمسلم[٨]دخل دار الحرب بأمان لكن خص ها هنا[٩]لحربي داخل دار الإسلام بأمان بقرنية ذكره في مقابلة مسلم.

---

(١) في (ب، ج): (ليس).
(٢) (الولد): لم ترد في (ب).
(٣) (هذا): لم ترد في (هـ).
(٤) في (أ): (كلامها).
(٥) في (و): (أو).
(٦) ما بين القوسين، لم ترد في (ب، ج، د).
(٧) في (ز) : (مستأمن).
(٨) في (هـ): (مسلم).
(٩) في (ب، ج، د): (هنا).

(وكفى حد لجنايات اتحد[١] **جنسها، فإن اختلف لا).**

قال[٢] الشافعي[٣]: إن اختلف المقذوف والمقذوف به، لا يتداخل وإلا يتداخل[٤]؛ لأن المغلب فيه حق العبد عنده[٥].

وعندنا: لما كان حق الله تعالى غالباً يتداخل، إذ المقصود أما إذا اختلفت الجنايات [هـ١٩٢] فالمقصود من جنس غير المقصود من أجر[٦][ج٧ظ].

فصل في التعزير

هو التأديب دون الحد، أصله التطهير.

قال الإمام السرخسي في آخر باب الآمان[٧]، من شرح كتاب "السير الكبير"[٨]: لا يقام على الذمي والمستأمن[٩]، ما كان محض حق الله تعالى، ولكن يرجع عقوبة على ما صنع ويحبس في السجن على قدر ما يرى الإمام، ولم يقل[١٠] يعزر، لأن في لفظ التعزير ما ينبيء عن معنى التطهير والتعظيم، قال تعالى: ﴿وَتُعَزِّرُوهُ وَتُوَقِّرُوهُ﴾[١١] والكافر ليس من أهله. **(أكثره**[١٢] **تسعة وثلاثون سوطاً).**

لأنه ينبغي إلا يبلغ الحد وأقله أربعون، وهي حد العبيد في القذف والشرب هذا عندهما وعند أبي يوسف يبلغ خمسة وسبعين سوطاً.

[وفي رواية عنه وهو قول زفر يبلغ به تسعة وسبعين سوطاً)[١٣] وفي

---

(١) في (أ، ج، ز): (الحد).

(٢) في (أ، و، ز): (وقال).

(٣) قول الشافعي لا يتكرر الحد بتكرر القذف. يراجع التنبيه (١/ ١٤٩) وأنس المطالب (٣/ ٣٨٢) وفتوحات الوهاب (٤/ ٤٣١).

(٤) (وإلا يتداخل): لم ترد في (ب، ج).

(٥) (عنده): لم ترد في (ب، ج).

(٦) في (أ): (الأخر).

(٧) في (و): (الإيمان).

(٨) ينظر: المبسوط (٩/ ٥٥)، وما بعدها. والسير الكبير: هو للإمام محمد بن الحسن الشيباني شرحه القاضي الإمام علي بن الحسين البغدادي المتوفى سنة (٤٦١هـ) وشرحه الإمام شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهيل السرخسي (ت ٤٨٣هـ) في جزئين ضخمين املاه محبوساً وأئمة في آخر المحنة بمرغينان في جمادى الاولى سنة (٤٨٠هـ) وعليه شرح لصاحب المحيط وهو كتاب مطبوع بخمسة مجلدات تحقيق: الدكتور صلاح الدين المنجد ١٩٧١م. ينظر: كشف الظنون (٢/ ١٠١٤). وتاريخ الأدب العربي لبروكلمان (٣/ ٢٥٥).

(٩) في (ب، و): (المستأمن).

(١٠) (يقل): لم ترو في (أ).

(١١) سورة الفتح: الآية (٩).

(١٢) (أكثره): لم ترد في (أ). وفي (ب): (أكثر).

(١٣) ما بين القوسين، لم ترد في (هـ).

"الذخيرة"[١] قال أبو يوسف: التعزير، على قدر عظم الجرم وما يرى الحكام[٢] في احتمال المضروب فيما بينه وبين أقل من ثمانين.

وفي "الأمالي"[٣] عنه: لو أن قاضياً رأى تعزير فقد أخذ بالأثر فإن[٤] ضرب الأكثر[٥][من ذلك][٦]فهو الخيار (**وأقله ثلاث**) وذكر مشايخنا أن أدناه على ما يراه الإمام فيقدر[٧] بقدر ما يعلم أنه ينزجر منه، لأنه يختلف باختلاف الناس من الهداية[٨] [ز١٤٢و] .(**وصح حبسه مع ضربه وضربه**[٩] **[ب١١٢ظ] أشد**) لأنه جرى التخفيف فيه من حيث العدو فلا يخفف[١٠] من حيث الوصف كيلا يؤدي إلى فوت المقصود، ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء.

(**ثم للزنا**) لأنه ثابت بالكتاب، وحد الشرب ثبت بإجماع الصحابة ﷺ ومن وهم أنه ثابت [د١٢١ظ] بالقياس، فقد وهم لما تقرر[١١]في الأصول، أن القياس لا يجري في الحدود (**ثم للشرب**) لأن سببه [خ١٠١و]متيقن به (**ثم للقذف**) لأن سببه محتمل لاحتمال كونه صادقاً .(**وعزر بقذف مملوك، أو كافر، أو كافر بزنا مسلم**)[١٢] [إذا شتم الذي يعزر ذكره تارتاخان[١٣]، وإنما خص المسلم بالذكر مكان[١٤]][١٥]، قوله (**بيا فاسق، ياكافر، ياخبيث، ياسارق، يافاجر، يامخنث، ياخائن، يالوطي**).

قال في "المبسوط" : إذا[١٦] قال: يالوطي لا حد عليه بالاتفاق؛ لأنه نسبه إلى نبي من أنبياء الله تعالى، فلا يكون هذا اللفظ صريحاً في القذف، فأما إذا

---

(١) ينظر: الذخيرة.
(٢) في (ب): (الحكم).
(٣) الأمالي: هي لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري (١٨٣هـ) وهي امالي في الفقه يقال (إنها أكثر من ثلثمائة مجلد، والأمالي: جمع الإملاء وهو أن يملي على تلاميذه دروسه بالمحابر والقراطيس ويكتبه التلاميذ فيصير كتاباً ويرسمونه الإملاء والأمالي. ينظر: الفهرست (١/ ٢٨٦). وكشف الظنون (١/ ١٦٤).
(٤) في (ب) : (وان).
(٥) في (ب): (بالأكثر).
(٦) ما بين القوسين، لم ترد في (ب).
(٧) في (ز): (يقدر بقدر).
(٨) ينظر: الهداية (٢/ ٤٠٥).
(٩) في (ب): (مع ضربه).
(١٠) في (ب) : (لا يخفف).
(١١) في (هـ): (قرر).
(١٢) في (ج، د، هـ): (المسلم).
(١٣) تاتارخان: صاحب تاتارخانية في الفتاوى، ينظر: كشف الظنون (١/ ٢٦٨).
(١٤) في (ج، د، هـ) (المكان).
(١٥) ما بين القوسين، لم ترد في (أ، و).
(١٦) في (أ، و، هـ): (وإذا).

أفصح بنسبته إلى ذلك الفعل.

فعند أبي حنيفة: يعزر ولا يحد؛ لأنه نسبه إلى فعل لا يلزمه الحد بذلك الفعل عنده[(١)] وعندهما: يلزمه حد القذف؛ لأنه نسبه إلى فعل يستوجب بمباشرته الحد عندهما(**يا زنديق**) هو معرب زنده،وزنده: اسم كتاب المجوسي كذا في المغرب[(٢)] (**يا لص، يا ديوث**) هو الذي لا غيره له ذكره الجوهري .(**يا قرطبان**) هو الذي يرى مع امرأته ومحرمه رجلاً فيدعه خالياً بها.

(**يا شارب الخمر، يا آكل الربا، يا ابن القحبة**) لايقال القحبة في العرف [ج٧و] أفحش من الزانية، لأن الزانية قد تفعل سراً وتأنف منه[(٣)] [هـ١٩٣] والقحبة، من تجاهر به بالأجرة لأنا نقول لذلك المعنى لم يجب الحد بذلك اللفظ[(٤)]، فإن الزنا بالأجرة يسقط الحد [أ ٨١ظ] عنده خلافاً[(٥)] لهما .(**يا ابن الفاجرة**) فإن الفجور يكون بكل معصية.

(**أنت مأوي اللصوص، أنت مأوي الزواني، يا من يلعب بالصبيان، يا حرام زاده**). معناه المتولد من الوطء الحرام، وهو أعم من الزنا، لا يقال في العرف لا يراد ذلك بل يراد[(٦)] [ز١٤٣ظ] ولد الزنا ؛ لأنا نقول كثيراً [ما يراد به الجريز الخب فلهذا][(٧)] لا يجب الحد (**لا بيا حمار، يا خنزير، يا كلب، يا تيس، يا قرد، يا حجام، يا أنبه، وأبوه ليس كذا، يا مؤاجر**).

المؤجر يستعمل فيمن يؤجر أهله للزنا، لكن معناه الحقيقي المتعارف لا يؤذن بالزنا (**يا بغا**) هذا اللفظ من شتم العوام يتفوهون به ولا يعرفون ما يقولون (**يا ناكس، يا سخرة، يا ضحكة**) بوزن الصُغرة من يضحك عليه الناس، وبوزن الهمزة من يضحك على الناس، وكذا السخرة ونحوه والضابط في هذا أنه إن نسبته إلى فعل اختياري يحرم في الشرع ويعد [ب ١١٢و] عاراً في العرف يجب التعزير وإلا فلا، فخرج بالقيد الأول النسبة إلى الأمور الخلقية فلا يعزر في حمار ونحوه فإن معناه الحقيقي غير مراد بل معناه [د١٢١و] المجازي، كالبليد، وهو أمر خلقي[(٨)] وبالقيد الثاني النسبة إلى ما لا يحرم في الشرع، فلا يعزر في يا حجام[(٩)] ونحوه،

---

(١) ينظر: المبسوط (٠٩/١٠٢).

(٢) ينظر: المغرب (١/ ٣٦٩) .

(٣) (منه): لم ترد في (ب).

(٤) (اللفظ) لم ترد في (أ).

(٥) في (ب): (وخلافاً).

(٦) (بل يراد): مكرر في (ز).

(٧) ما بين القوسين، لم ترد في (هـ).

(٨) في (د، هـ): (خلق).

(٩) في (ب، ج، و): (حجام).

مما يعد عاراً في العرف ولا يحرم [في الشرع][1]، وبالقيد الثالث النسبة إلى ما لا يعد عاراً في العرف، فلا يعزر في يا لاعب النرد ونحوه مما يحرم في الشرع.

وحكى الهندواني[2]: أنه يعزر في زماننا في مثل قوله يا كلب يا خنزير؛ لأنه يراد به الشتم في عرفنا.

وقال شمس الأئمة السرخسي[3]: الأصح عندي أنه لا يعزر وقيل [إن كان المسبوب من الأشراف كالفقهاء والعلوية يعزر؛ لأنه يعد سباً في حقه ويلحقه الوحشة بذلك[4]] وإن[5] كان من العامة لا يعزر [خ ١٠٢ظ].

قال في "التبيين": وهذا أحسن ما قيل فيه[6].

(ومن حدا أو عزر فمات هدر دمه). قال الشافعي:[7] يجب الدية في بيت المال **(ولو عزر زوج عرسه لا)**.

---

(١) ما بين القوسين، لم ترد في (ب).

(٢) الهنداوي: هو محمد بن عبد الله بن محمد بن عمر البلخي الهنداوي شيخ كيروان جليل القدر كان على جانب عظيم من الفقه والذكاء والزهد والورع ويقال أبو حنيفة الصغير توفي في بخارى سنة (٣٦٢هـ) ينظر: تاج التراجم ص٦٣. والفوائد البهية ص١٧٩.

(٣) ينظر: المبسوط (٩/ ١٢٠). وهو محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر شمس الأئمة السرخسي كان إماماً أصولياً مجتهداً على المبسوط على طلابة في خمس عشر مجلداً وهو في السجن وله كتاب في أصول الفقه وشرح السير الكبير وشرح مختصر الطحاوي وكتب محمد (ت ٤٣٨هـ) ينظر: تاج التراجم ص٥٢. والفوائد البهية ص١٥٨-١٥٩. وطبقات الحنفية ١/ ٢٨-٢٩، رقم (٨٥).

(٤) ما بين القوسين، لم ترد في (ب).

(٥) في (ب): (أن).

(٦) ينظر: تبيين الحقائق (٣/ ٢٠٩).

(٧) ينظر: البيان (١٢/ ٥٢٥).

كتاب السرقة

(السرقة): هي[1] لغة: أخذ الشيء من الغير[2] على الخفية بحيله.

وفي الشريعة: زيدت عليه أوصاف أخر تقف عليها كذا في الحقائق[3] **(وركنها الأخذ)** على سبيل الاستخفاء[4] كذا في "البدائع"[5]، إنما قال على سبيل الاستخفاء دون **(خفية)**[6]، لأن الأخذ خفية لا يوجد فيما إذا ثقب الجدار ليلاً[7]، وأخذ المتاع مكابرة فإنه [ز١٤٣و] لم يأخذه خفية [لكن سلك مسلك من يقصد الأخذ خفية][8] **(ومحلها[9] مال مملوك)** سيأتي في كتاب البيع[10] [أن بين المال والمملوك[11] عموماً[12] وخصوصاً من وجه متقوم][13].

[قال في "البدائع" ومنها: أي من الشرائط الراجعة إلى المسروق، أن يكون متقوماً [ج٨ظ] مطلقاً][14].

فلا يقطع في سرقة الخمر من مسلم، مسلماً [هـ١٩٤] كان السارق أو ذمياً؛ لأنه لا قيمة للخمر في [حق المسلم، وكذا الذمي إذا سرق من ذمي خمراً، أو خنزيراً، لا يقطع لأنه، وإن كان][15] متقوماً عندهم فليس بمتقوم عندنا[16]، فلم يكن متقوماً على الإطلاق[17].

(محرز بلا شبهة بمكان، كبيت[18]، أو صندوق، أو بحافظ كجالس في طريق أو مسجد عنده ماله).

---

(١) في (و): (هي التي).
(٢) في (ز): (غيره).
(٣) ينظر: تبيين الحقائق (٣/ ٢١١) وما بعدها.
(٤) في (أ): (الاستخفاف).
(٥) ينظر: البدائع (٦/ ٥).
(٦) في (أ): (خفيفة). وفي (ج): (الخفية).
(٧) (ليلاً): لم ترد في (هـ).
(٨) ما بين القوسين، لم ترد في (و).
(٩) في (أ): (وكلها).
(١٠) ينظر: في كتاب البيع.
(١١) في (د، و، هـ): (الملل).
(١٢) في (ج): (أو).
(١٣) ما بين القوسين، لم ترد في (أ). ومحلها عبارة (أن بينهما عموم وخصوص من وجه متقوم بعد كلمة كتاب البيع).
(١٤) ما بين القوسين، لم ترد في (هـ).
(١٥) ما بين القوسين، لم ترد في (هـ).
(١٦) (عندنا): لم ترد في.
(١٧) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ١٢).
(١٨) في (و): (أو كبيت).

قال في "البدائع"، ومنها أن يكون (**محرزاً مطلقاً خالياً عن شبهة العدم**) مقصوداً بالحرز[١] (**وهو شرطها**) لكونه[٢] خارجاً عنها محتاجاً إليها.

(**ونصابها: قدر عشرة دراهم مضروبة**) النصاب عندنا عشرة دراهم، أو كما يبلغ قيمته عشرة دراهم.

[وعند الشافعي في رواية: ربع دينار، وهو درهمان ونصف، وفي رواية: ثلاثة دراهم][٣][٤]، وهو قول مالك[٥][٦] كذا في "الحقائق"[٧].

(**وحكمها: القطع [د١٢٢ظ] فإن سرق [ب١١٣ظ]مكلف حر أو عبد قدر النصاب وأقربها**[٨] **مرة**). هذا عندهما.

وعند أبي يوسف: لا يقطع، إلا إذا أقر مرتين، ويروى عنه أنهما في مجلسين[٩]مختلفين. له: أنه حد تمحص حقاً لله تعالى كحد الزنا، فلا بد فيه من إقرارين حتى يقوم كل إقرار مقام شاهد واحد، كما في حد الزنا.

ولهما: أن الأصل كفاية الإقرار مرة واحدة لعدم التهمة في الإقرار على نفسه وإنما عدل عنه في حد الزنا بالنص على خلاف القياس فلا يقاس [أ٨٢ظ] عليه، وذكر بشر[١٠] رجوع أبو يوسف إلى قولهما:

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٦/١٨). (٢) في (ب، هـ): (لكونها).

(٣) ينظر: الأم: (٦/ ١٤٧). ومغني المحتاج (٤/١٥٨).اعانة الطالبين (٤/١٥٨). وغيرها.

(٤) ما بين قوسين، لم ترد في (هـ).

(٥) ينظر: المدونة (٦/ ٢٦٥). وشرح فتح الجليل (٤/ ٥٢٠). وفتح الرحيم (٣/ ٥١). وغيرها.

(٦) الإمام مالك: أشهر من أن يعرف.

(٧) ينظر: تبيين الحقائق (٣/ ٢١١) وما بعدها. قال في تبيين الحقائق: (هي أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان أو حافظ)ويعتبر أن تكون جيدة، وانتفاء الشبهة، ولا يشترط أن تكون ملك رجل واحد بعد إن كانت سرقة واحدة حتى لو سرق عشرة جماعة قطع بها، ولا فرق في ذلك بين أن تكون مشتركة بينهم فيأخذها جملة وبين أن تكون لكل واحد في كيس فيأخذ من كل كيس درهماً قبل أن يخرج من الدار فيخرج بها جملة لأن السرقة تتم بالإخراج من الدار فيعتبر الاتحاء عنده هذا في الشريعة.

(٨) في (و): (أو أقربها). (٩) في (ز): (مجلس).

(١٠) بشر: هو القاضي بشر بن الوليد بن خالد الكندي، أحد أصحاب أبي يوسف روى عنه كتبه وأماليه، ولي القضاء ببغداد في زمان المأمون والمعتصم، سمع مالك بن أنس وتفقه بأبي يوسف توفي ببغداد (سنة ٢٣٨هـ). ينظر: الفهرست (١/ ٢٨٦). و يراجع تهذيب التهذيب لابن حجر (١/ ٤٦٢)، رقم (٨٥٠). وطبقات ابن سعد (٧/ ٢/ ٩٣). والفوائد البهية ص ٥٤.

(أو شهد رجلان، وسألهما[١] **الإمام، ما هي؟)** لأنه ربما يتوهم أنه احتاج الى[٢] الاستخفاء كما في السرقة الكبرى.

(وكيف هي؟) ليعلم أنه أخرج أو ناول من خارج.**(ومتى هي؟)** ليعلم هي[٣] متقادمة[٤] [ز١٤٤ظ] أم لا **(وأين هي؟)** [ليعلم إنها في دار الإسلام، أو دار الحرب **(وكم هي؟)** ليعلم أنه كان نصاباً أم لا **(وممن سرق؟)**][٥]، ليعلم أنه ذو رحم محرم أم لا **(وبيناها قطع، وإن شارك جمع وأصاب كلا)**، أي: كل واحد منهم.

(قدر نصاب قطعوا وإن أخذ بعضهم)، أي: وإن كان المباشرة لبعضهم فقد وفيه خلافاً لزفر.

[باب ما يقطع فيه وما لا يقطع]

(وقطع بالساج[٦]**، والقناة**[٧]**، والآبنوس**[٨]**، والصندل**[٩] [خ١٠٢و]، **والفصوص**[١٠] **الخضراء)**، أريد به الزمرد **(والياقوت**[١١] **والزبرجد**[١٢] **والإناء، والباب المتخذين من خشب)**.

إنما عدت هذه الأشياء لأنها من جنس الحجر والخشب المباحين في الأصل

---

(١) في (ب) : (وسألهم). (٢) في (ز): (أنها).

(٣) (إلى): لم ترد في (أ).

(٤) في (هـ): (أنها متقلامة). وفي (و): (أنه متقادم).

(٥) ما بين القوسين، لم ترد في (و).

(٦) الساج : شجر يعظم يرتي طولاً وعرضاً يجلب من الهند، وله رائحة طيبة تشابه رائحة ورق الموز مع رقة ونعومة، ينظر: المغرب (١/ ٤١٩). ولسان العرب (٢/ ٣٠٣). ومختار الصحاح (١/ ١٣٤). والقاموس المحيط (١/ ٢٤٩).

(٧) القنا: هي خشبة الرمح ويجمع على قنوات وقني: ينظر: مختار الصحاح (١/ ٢٣١). ولسان العرب (٣/ ٢٣١). والقاموس المحيط (١/ ٦١٠).

(٨) الآبنوس: وهو الشير : خشب أسود تعمل فيه القصاع والجفان، وقيل هو شجر الجوز. ينظر: العين (٦/ ٢٧٤). ولسان العرب (٥/ ٣٦٣). والقاموس المحيط (١/ ٦٦١).

(٩) الصندل : شجر طيب الرائحة وأجوده الأحمر والأبيض، ينظر: العين (٧/ ١٧٩). ولسان العرب (١/ ٣٨٦). والقاموس المحيط (١/ ١٣٢٣).

(١٠) الفص: الخاتم وجمعه فصوص. ينظر: لسان العرب (١/ ٤٣٢). والقاموس المحيط (١/ ٨٠٧).

(١١) الياقوت: يقال فارسي معرب وهو فاعول، والواحدة: ياقوتة، والجمع اليواقيت. ينظر: لسان العرب (٢/ ١٠٩).

(١٢) الزبرجد: الزمرد، ينظر: العين (٦/ ٥١٠). ولسان العرب (٣/ ١٩٤).

فيتوهم أن لا قطع فيها، ثم أن المراد بالباب غير المركب، وإنما أطلقه[١] اعتماداً على ما سيأتي حكم المركب على خلاف هذا.

وفي "الهداية": إنما يجب القطع في غير المركب إذا كان خفيفاً، لا ينقل على الواحد حمله[٢][٣].

(لا بتافه يوجد مباحاً في دارنا، كخشب، وحشيش، وقصب وسمك وصيد).

الصيد: هو الحيوان الممتنع المتوحش بأصل الخلقة إما بقوايمه أو[ج ٨ و] بجناحيه فالسمك ليس منه.

(والزرنيخ مغرة) هو الطين الأحمر.

(ونوره[٤]، ولابما يفسد سريعاً كلبن ولحم وفاكهة رطبة[٥] وتمر على شجر) عطف على ما يفسد لا على لبن، لأن المراد فيه ما يعلم مثل الجوز واللوز مما يفسد سريعاً **(وبطيخ)**[٦].

قال الشافعي[٧]: يقطع في كل شيء[هـ١٥م] إلا الماء والتراب والطين والسرقين وهو رواية عن أبي يوسف كذا في "التبيين"[٨].

ولنا: قول عائشة رضي الله عنها كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه[٩]، أي: الحقير. [وقوله ﷺ: لا قطع في الطير][١٠]، وقوله ﷺ

---

(١) في (و): (أطلق).

(٢) (حمله): لم ترد في (هـ).

(٣) ينظر: الهداية (٢/ ٤١١).

(٤) نوره: الزهر، وقيل النور الأبيض والزهر الاصفر وذلك إنه يبيض ثم يصفر، وجمع النور أنوار. ينظر: لسان العرب (٥/ ٢٤٤).

(٥) في (أ، ب): (رصبه).

(٦) (والبطيخ): لم ترد في (أ).

(٧) ينظر: حواشي الشيرواني (٩/ ١٣١).

(٨) ينظر: تبيين الحقائق (٣/ ٢١٥).

(٩) مصنف عبد الرزاق (١٠/ ٢٣٤)، رقم (١٨٩٥٩). ومصنف ابن أبي شيبة (٥/ ٤٧٧)، رقم (٢٨١١٤). ومسند إسحاق بن راهويه (٢/ ٢٣٢)، رقم (٧٣٩). ومسند أبي عوانه (٤/ ١١٤)، رقم (٦٢٢١). وسنن البيهقي (٨/ ٢٥٦)، رقم (١٦٩٤٤). ونصب الراية (٣/ ٣٦٠) والدراية (٢/ ١٠٩)، رقم (٦٧٦). رواه ابن أبي شيبة موصلاً ورواه مرسلاً عن عروة وعبد الرزاق في مصنفه عن هشام مرسلاً وإسحاق بن راهويه في مسنده مرسلاً عن هشام.

(١٠) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة (٥/ ٥٢٣)، رقم (٢٨٦٠٨). وسنن البيهقي (٨/ ٢٦٣)، رقم (١٦٩٨٢). ونصب الراية (٢/ ١٠٩)، رقم (٦٧٧). وقال في نصب الراية (٣/ ٣٦٠) غريب. وفي الدراية (٢/ ١٠٩) رقم (٦٧٧) لم أجده، وإنما أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة في مصنفهما موقوفاً على عثمان رضي الله عنه ينظر: مصنف عبد الرزاق (١٠/ ٢٢٢). ومصنف ابن أبي سيبة (٥/ ٥٢٢)، رقم (٢٨٦٠٨). عن يزيد بن خصيفة قال: أتي عمر بن عبد العزيز برجل سرق طيراً =

[لا قطع في ثمر[1]][2].

(**وزرع لم يحصد**) لعدم الحرز.

(**ولا في شربة مطربة، وآلات لهو، وصليب**[3] **من ذهب، أو فضة** [د١٢٢و]، **أو شطرنج ونرد**) لأن من أخذها بتأول الإراقة أو الكسر (**وباب مركب**) [ب١١٣و] سواء أكان باب مسجد أو غيره؛ لأنه حرز، لا محرز، خلافاً للشافعي[4]. (**ومصحف**) لأنه يتناول [ز١٤٤و] القراءة أو[5] النظر فيه خلافاً للشافعي[6] (**وصبي حر**) لأنه ليس بمال (**ولو محليين**) لأن الحلية تبع.

وعن أبي يوسف أنه يقطع إذا بلغت الحلية نصاباً (**وعبد**) لأنه غصب أو خداع (**ودفتر**) لأن المقصود ما فيه وذلك ليس بمال (**إلا الصغير**) إلا إذا كان يعبر عن نفسه؛ لأنه والكبير سواء في اعتبار يده.

وقال أبو يوسف: لا يقطع وإن كان صغيراً لا يعقل[7] ولا يتكلم (**ودفتر الحساب**[8])[9]، لأن ما فيه لا يقصد بالأخذ فكان المقصود هو الكواغد.

= فاستفتى في ذلك السائب بن يزيد فقال: ما رأيت أحد قطع في الطير وما عليه في ذلك قطع فتركه عمر بن عبد العزيز ولم يقطعه وفيه أيضاً عن رجل سرق دجاجة فلم يقطعه، رقم (٢٨٦٠٨). وفي سنن البيهقي (٨/ ٢٦٣) عن أبي الدرداء قال: ليس على سارق الحمام قطع وهذا إنما أراد في الطير والحمام المرحلة في غير حرق.

(١) (لا قطع في ثمر ولا شجر)، ينظر: موطأ مالك (٢/ ٨٣٩) رقم (١٥٢٨). والنسائي في المجتبى (٨/ ٨٦) رقم (٤٩١٦٠). ومصنف عبد الرزاق (١/ ٢٢٣) رقم (٨٥٨٣). ومصنف ابن أبي شيبة (٥/ ٥٢٠) رقم (٨٥٨٣). وسنن الدارمي (٢/ ٢٢٨)، (رقم (٢٣٠٤). وصحيح ابن حبان (١/ ٣١٧) رقم (٤٤٦٦). وموارد الظمآن (١/ ٣٦١) رقم (١٥٠٥).

(٢) ما بين القوسين، لم ترد في (ب، ج).

(٣) في (و) : (والصليب).

(٤) ينظر: البيان: (١٢/ ٤٧٣). وإعانة الطالبين (٤/ ١٦١).

(٥) في (ز) : (والنظر).

(٦) مغني المحتاج (٤/ ١٦٣). والبيان (١٢/ ٤٧٣) وحواشي الشيرواني (٩/ ١٣٢).

(٧) في (أ) : (لا لا يعقل).

(٨) ولو سرق الكواغد والجلود قبل الكتابة يقطع، وفي الغاية: والمراد في الدفاتر صحائف فيها كتابة من عربية أو شعر أو حديث أو تفسير وغير ذلك بخلاف دفاتر الحساب، وهي دفاتر أهل الديوان حيث يقطع فيها إذا بلغت نصاباً؛ لأن المقصود من أخذها الأوراق، وقال الشارح: وفي دفاتر الأدب روايتان في رواية ملحقة بالحساب، وفي رواية ملحقة بالأحاديث والتفسير والفقه. ينظر: شرح الكنز (١/ ٢٣٨).

(٩) في (ب): (حساب).

(**ولا في كلب، وفهد، وخيانة**[١]، **وخلس**[٢]، **ونهب**[٣]، **ونبش**)[٤] خلافاً لأبي يوسف والشافعي في الأخير، ومغنم .(**ومال عامة**) كمال بيت المال .(**وماله فيه شركة**[٥]، **ومثل حقه حالاً أو مؤجلاً**)[٦] أي كان له على آخر دراهم مثلاً سواء كانت حالة أو مؤجلة فسرق مثلها، ولو بمزيد لأنه بمقدار حقه يصير شريكاً.

(**وما قطع فيه وهو بحاله**) أي لا قطع بسرقة عين قطع فيها مرة ثم وصلت إلى مالكها وهي لم يتغير عن حالها.

والقياس: أن يقطع، وهو رواية عن أبي يوسف وهو[٧] قول الشافعي[٨] لقوله ﷺ: (**فإن عاد فاقطعوه**)[٩] من غير فصل.

ولنا: أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد إن شاء الله تعالى وبالرد إلى المالك، إن عاد حقيقة العصمة [خ ١٠٣ظ] بقيت شبهة السقوط نظراً إلى اتحاد الملك، وقيام الموجب وهو القطع فيه.

وأما الجواب عن الحديث فنقول: قد طعن فيه الطحاوي والكرخي[١٠]، وعلى[١١] تقدير صحته محمول على السياسة بدليل أنه قال في المرة الخامسة (**فإن**

---

(١) خيانة: كأن يخون ما في يده من الشيء المأمون. ينظر: درر الحكام (٢/ ٨٠).

(٢) الخلس: هو الأخذ من السيد بسرعة على غفلة. ينظر: اللباب (٣/ ٢٠٥).

(٣) نهب: قيل أن يأخذ على وجه العلانية قهراً من ظاهر بلدة أو قرية. ينظر: شرح الكنز (١/ ٢٣٨).

(٤) نبش القبر: أن نبش قبراً وسرق منه الكفن، فإن كان في بريةٍ لم يقطع؛ لأنه ليس بحرز لكفن، وإنما يدفن في البرية للضرورة وإن كان في مقبرة تلي العمران. وللمزيد ينظر: البيان (١٢) وما بعدها.

(٥) في (أ): (شريك).

(٦) (أو): لم ترد في (أ).

(٧) (وهو): لم ترد في (ب).

(٨) ينظر: مغني المحتاج (٤/ ١٦٢)، ١٧٧، وحاشية البجيرمي (٤/ ٢٢٧).

(٩) عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: (إذا سرق السارق فاقطعوا يده، فإن عاد فاقطعوا رجله، فإن عاد فاقطعوا يده، فإن عاد فاقطعوا رجله). ينظر: سنن أبي داود (٤/ ١٤٢) رقم (٤٤١٠)، وسنن الدارقطني (٣/ ١٨١) رقم (٢٩٢). والنسائي في المجتبى (٨/ ٩٠) رقم (٤٩٧٨). وفي نصب الراية (٣/ ٣٦٨-٣٧١). قال في سنده الواقدي فيه مقال.

(١٠) هو أبو الحسين عبد الله بن الحسين بن دلال الكرخي، انتهت اليه رياسة أصحاب أبي حنيفة ولد سنة (٢٦٠) توفي سنة (٣٤٠). ينظر: المنتظم (٦/ ٣٦٩) رقم (٦٠٧). وطبقات الحنفية (١/ ٣٣٧) رقم (٩٢١). والفوائد البهية ص١٠٨ وما بعدها.

(١١) لم أقف على هذا الطعن وإنما مذكور في المبسوط (٩/ ١٦٧).والهداية (٢/ ٤١٦). والدراية (٢/ ١١٢).

عاد قتلوه) وأما الجواب: بالمعنى أن عاد إلى السرقة لا إلى المسرق لا ينتفي، لأن العود إلى السرقة متحقق في محل النزاع **(وإن تغير فسرق قطع ثانياً، كغزل قطع فيه فنسج فسرق، ولا إن سرق من ذي رحم محرم منه)** سواء كانت القرابة قرابة أو غيرها[1] للشبهة في الحرز[2] [ج٩ظ].

وللشافعي خلاف[3] في الثاني [أ٨٢و].

[أ٨٢و] **(بخلاف ماله)** أي مال ذي رحم محرم[4] **(من بيت غيره)**. أي: بيت الأجنبي لوجود الحرز بلا شبهة **(ومال مرضعه)** المرضع[5] التي شأنها أن ترضع، وإن لم تباشر الإرضاع في حال وضعها والمرضعة هي[6] التي[7] في[8] حال الإرضاع ملقمة ثديها الصبي كذا في الكشاف فمن قال ها هنا مرضعة لم يصب سواء سرق من بيتها، أو من بيت غيرها، [ب١١٤ظ].

خلافاً [هـ١٩٦] لأبي يوسف في رواية عنه؛ لأنه [د١٢٣ظ] يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الأخت من الرضاعة، لانعدام هذا المعنى فيها وجه الظاهر[9] أنه لا قرابة والمحرمية[10] بدونها لا تحرم، كما إذا ثبت بالزنا والتقبيل من شبهة[11].

(ولا من زوج وعرس ولو[12] من حرز خاص له) إنما جعل[13] هذا[14] تنصيصاً للرد على الشافعي[15] فإنه لا خلاف فيه.

(ولا من سيده أو عرسه، أو زوج سيدته، ولا من مكاتبه ومضيفه، وبيت أذن في دخوله)[16]، يدخل فيه الحمام، فلا حاجة إلى ذكره، وعدم القطع فيه لاختلال

---

(١) في (ب، هـ): (في غيرها).
(٢) في (هـ): (للحرز).
(٣) ينظر: مغني المحتاج (٤/ ١٦٢).
(٤) في (و): (محرم منه).
(٥) (المرضع): لم ترد في (و). لأن المرضعة تباشر الإرضاع وهي ليست بلازمة بل يكفي أن يكون في شأنها الإرضاع سواء إرضاع بالعقل أو لا، وهكذا ينبغي أن يفهم من هذا المقام، تعليق محفظ، ط،ز، ص١٤٥.
(٦) (هي): لم ترد في (ج).
(٧) (التي) مكرر في (ج).
(٨) (في) لم ترد في (ب).
(٩) في (د): (الظا).
(١٠) في (هـ): (ولا المحرمية).
(١١) في (ب): (بشهوة).
(١٢) (ولو): لم ترد في (ج).
(١٣) (جعل): لم ترد في (ج، و، هـ، ز).
(١٤) في (د، هـ): (إنما قال) هذا.
(١٥) ينظر: مغني المحتاج (٤/ ١٦٢).
(١٦) في (ج): (دخله).

الحرز، إلا إذا سرق منه ليلاً ؛ لأنه لإحراز الأموال، والإذن يختص بالنهار واعلم أن الحرز بالحافظ، ولا اعتبار له عند وجود الحرز بالمكان، فإذا سرق من الحمام شيئاً وله حافظ فلا قطع؛ لأن الحمام حرز غايته اختل بالأوان بالدخول فلا اعتبار بالحافظ [فيه بخلاف الحافظ في المسجد ليس بحرز فاعتبر الحافظ][1].

(أو سرق شيئاً، ولم يخرجه من الدار أو نقب بيتاً، فأدخل يده فيه فأخذ شيئاً) وعن أبي يوسف: أنه يقطع، كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي وأخرج الظرف تأكيد منها ولنا: أن هتك الحرز، يشترط فيه الكمال في[2] الدخول وقد أمكن الاعتبار والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق ؛ لأن الممكن فيه إدخال اليد دون الدخول **(أو دخل)** عطف على فادخل.**(وناول)** أي أخذ شيئاً **(من هو خارج)**، وعن أبي يوسف أن أخرج الداخل يده، وناولها الخارج، فالقطع على الداخل، وإن أدخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل، فعليهما القطع[3].

(أوطر[4] مصرورة) لم يقل "صرة" ؛ لأن الظاهر منه أن يكون [ز١٤٥و] هناك وعاد آخر غير الكم، وذلك غير لازم، وعبارة الذخيرة: وهي هذه كان في كمه دراهم مصرورة يوافق ما ذكره.

(خارجة من كم غيره) وإن أدخل هذه في الكم قطع، وذلك أن كل حرز يمكن الدخول، فهتكه بدخوله، ومالا فبإدخال اليد فيه[خ١٠٣و] والأخذ منه.

والكم ها هنا: حرز للدراهم، فمتى أدخل يده فيه، وأخذ فقد هتك الحرز فوجب القطع، وإلا فلا.

وأما في حل الرباط: فبالعكس؛ لأنه إذا حل الرباط من داخل بقيت الدراهم خارجة فحصل الأخذ من غير حرز.

وإن حل من خارج بقيت الدراهم داخل [ج٩و] الكم: فحصل الأخذ من الحرز فيجب القطع.

---

(١) ما بين القوسين، لم ترد في (هـ).

(٢) (في): لن ترد في (ب، ج).

(٣) وفي الذخيرة البرهانية (ق١٩٨)، إن وضع فيما بين الداخل والخارج فأخذ الآخر ففي رواية: لا يقطع، وفي رواية يقطع يدهما. عن رسالة ص٤٤٩.

(٤) الطر: ينظر الفائق (٢/ ٢١٤) ولسان العرب (٤/ ٤٩٩) ومختارالصحاح (١/ ١٦٤). طر الشيء قطعه، وطر الثوب شقه.

وعن أبي يوسف: أنه تقطع في الأصل كلها؛ لأنه يحرز بالكم، أو بصاحبه.

قلنا: الحرز هو الكم؛ لأنه يعتمده، وإنما قصد قطع المسافة، أو الاستراحة [ب١١٤ب] فأشبه[د١٢٣و] الجوالق[١].

(أو سرق جملاً من قطار[٢] أو حملاً)؛ لأن القائد والسائق والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة دون الحفظ **(وقطع)** أي سارق الجمل أو الحمل **(إن كان حافظاً، أو نائماً عليه)** لم يقل إن حفظه ربه لأن الشرط أن يكون هناك حافظ، ولا يلزم أن يكون ربه **(أو شق الحمل، وأخذ منه شيئاً)**، لأن الجوالق في مثل هذا حرز.

(أو أدخل يده في صندوق غيره، أو كمه، أو جيبه[٣]، أو أخرج من مقصورة دار فيها مقاصير إلى صحنها) لأن كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة [هـ١٩٧].

(أو سرق رب مقصورة من أخرى منها) لما ذكر **(أو ألقى شيئاً من حرز في الطريق ثم أخذه)**.

وقال زفر: لا قطع فيه؛ لأن الإلقاء غير موجب للقطع، كما لو خرج ولم يأخذ.

ولهم:[أن الرمي][٤] حلية يعتاده[٥] السراق[٦]، ولم يعترض عليه يد معتبرة، فاعتبر الكل فعلاً واحداً **(وإذا أخرج[٧]، ولم يأخذ مضيع لا سارق)**[٨] وعند الشافعي[٩] يقطع سواء أخذه أو تركه في الطريق **(أو حمله على حمار فساقه وأخرجه)**؛ لأن سير الحمار يضاف إليه يسوقه، ولهذا يضمن السائق

---

(١) الجوالق: بكسر الجيم واللام وبضم الجيم وفتح اللام وكسرها وعاء وقيل هي الغرارة. ينظر: لسان العرب (١/ ٣٠٥). ومختار الصحاح (١/ ٤٥) والقاموس المحيط (١/ ١١٢٦).

(٢) قطار: قطر الإبل قطراً وقطرها وأقطرها قرب بعضها إلى بعض وجاءت الابل قطاراً على نسق واحد.
ينظر: العين (٥/ ٩٥). ومختار الصحاح (١/ ٢٢٦). القاموس المحيط (١/ ٥٩٦).

(٣) جيب: القميص والدرع والجمع جيوب، لسان العرب ١/ ٢٨٧.

(٤) ما بين القوسين لم ترد في (هـ).

(٥) في (ب، ج) : (ليعتاد).

(٦) في (و، هـ): (السارق).

(٧) (خرج) لم ترد في (هـ).

(٨) في (و) : (ولم يعرض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل).

(٩) ينظر: البيان (١٢/ ٤٥٢) وما بعدها. ومغني المحتاج (٤/ ١٧٢).

[أ٨٣ظ] أتلفت الدابة، **(ولو لم يسقه وخرج بنفسه)** لا يقطع، وفي قوله **(فساقه)** أشار اليه.

فصل

[في كيفية القطع وإثباته]

(يقطع يمين[١] السارق من زنده[٢]، وتحسم[٣]، ثم رجله اليسرى إن عاد، وإن عاد ثالثاً لا).

وعند الشافعي[٤]: يقطع[٥] في الثالث يده اليسرى، وفي الرابع رجله اليمنى لقوله ﷺ: **(من سرق فاقطعوه، فإن[٦] عاد فاقطعوه، فإن عاد فاقطعوه،[فإن عاد فاقطعوه])**[٧].

ولنا: الإجماع، ذكره صاحب "الهداية"، وقد مر الجواب عن الحديث، ولو كان صحيحاً غير مأثور[٨] لما انعقد الإجماع على خلافه[٩].

(ويسجن حتى يتوب) هذا استحسان، ويعزر أيضاً ذكره بعض المشايخ .**(وإن كان يده اليسرى، أو إبهامها، أو أصبعاها)** سوى الإبهام، لأنه لو قطعت اليمنى وقوة البطش فائتة في اليسرى، يلزم تفويت جنس المنتفعة، وهو في الحقيقة إهلال.

(أو رجله اليمنى مقطوعة أو شلاء)؛ لأنه إذا[١٠] لم يكن[١١] للإنسان يد ورجل

---

(١) في (ب): (أيمين).

(٢) الزند: موصل طرف الذراع في الكف وهي زندان الكوع والكرسوع، مختار الصحاح (١/ ١١٦).

(٣) الحَسم: العرق قطعه ثم كواه بحديدة محماة لئلا يسيل دمه. ينظر: العين (٣/ ١٥٣). والمغرب (١/ ٢٠٣).

(٤) ينظر: حاشية البجيرمي (٤/ ٢٢٨). ومغني المحتاج (٤/ ١٧٨). ونهاية المحتاج (٧/ ٤٤٤).

(٥) (يقطع): لم ترد في (أ).

(٦) في (و): (وإن).

(٧) (فإن عاد فاقطعوه) لم ترد في (هـ، و).

(٨) في (ز): (ماؤل).

(٩) وروى ابن أبي شيبة من طريق أبي جعفر كان علي رضي الله عنه لايزيد على أن يقطع السارق امراة أو رجلاً فإذا أتى بعد قال: (إني لأستحي من الله تعالى أن لا ادع له يداً يأكل بها ويستنجي بها ورجلاً يمشي عليها) وبهذا حاج بقية الصحابة ﷺ. ينظر: مسند أبي شيبة (١/ ١٦٠). والهداية (٢/ ٤١٦). ونصب الراية (٣/ ٣٧٤) والدراية (٢/ ١١٢).

(١٠) في ب: (قطع).

(١١) في (و): (يدخل) بدل (لم يكن).

من طرف وأحد فهو لا يقدر على المشي أصلاً، بخلاف، ما إذا كان من [خ١٠٤ظ] طرفين، فإنه حينئذ يضع العصا تحت إبطه[(١)].

(أو رده إلى مالكه) وإن لم يسرق منه **(أو إلى المسروق** [(٢)] **منه)**، وإن لم يكن مالكه **(قبل الخصومة)** وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتباراً بما إذا رده بعد الخصومة.

وجه الظاهر [ج١٠ظ]: أن الخصومة شرط لظهور السرقة؛ لأن [ب١١٥ظ] البينة [د١٢٤ظ] إنما جعلت[(٣)] حجة ضرورة قطع المنازعة، وقد انقطعت الخصومة.

(أو ملكه) إنما قال ملكه ليعلم أن المراد الهبة مع القبض.

(بهبة أو بيع أو نقصت قيمته) أي من حيث السعر، لا في جهة تغير العين ذكره في "الذخيرة".

(من النصاب قبل القطع) قال زفر الشافعي يقطع فيها[(٤)].

(أو سرق فادعى ملكه) [فيه خلاف الشافعي][(٥)] **(أو أحد السارقين، وإن لم يرهن**[(٦)]**، ولم يطالب من له حق الطلب)** [لأن الخصومة شرط لظهور السرقة **(أو غاب قبل الاستيفاء)** [(٧)]لأنه من القضاء في الحدود][(٨)]**(وإن أقر هو بها)** فيه خلاف للشافعي[(٩)] **(فلا قطع**[(١٠)]**)**[(١١)] [يعني في الصورة المذكورة كلها[(١٢)]][(١٣)].

[لأنه لما كان الدعوى شرطاً لا بد من المطالبة][(١٤)] **(وإن سرق وغاب أحدهما، فشهدوا**[(١٥)] **على سرقتهما قطع اخرى، وقطع بخصومه ذي يد حافظة كمودع وغاصب وصاحب ربا)**، أي باع ديناراً بدينارين، وقبضهما، فسرق من يده.

---

(١) في (ز): (الإبط). (٢) في (ب،ج): (مسروق).

(٣) (جعلت) لم ترد في (ب).

(٤) ينظر: البيان (١٢/ ٤٨١). ومغني المحتاج (٤/ ١٧٧). والهداية (٢/ ٤١٨).

(٥) ما بين القوسين لم ترد في (د، هـ).

(٦) في (د ، و، هـ): (فيه خلاف الشافعي).

(٧) ما بين القوسين، لم ترد في (هـ).

(٨) ما بين القوسين، زيادة من (د، و، هـ، ز).

(٩) ينظر: البيان (١٢/ ٤٨٧). (١٠) (قطع): لم ترد في (هـ).

(١١) في (د، هـ): (يعني في الصورة المذكورة كلها).

(١٢) (كلها): لم ترد في (هـ).

(١٣) ما بين القوسين، لم ترد في (ب، ج).

(١٤) ما بين قوسين، لم ترد في (د،هـ). (١٥) في (هـ): (فشهدا).

وقال زفر والشافعي: لا يقطع إلا بخصومة المالك[(١)].

(ومستعير، ومستأجر، ومضارب، ومستبضع[(٢)]، [ز١٤٦و] وقابض على سوم الشراء، ومرتهن، ووصي، وولي، ومتولي الوقف، وبخصومة المالك، من سرق منهم).

اعلم: أن الدعوى شرط ظهور السرقة لقطع اليد[(٣)]، وإن كان من حقوق الله تعالى؛ لأنه لا شك أن المسروق[هـ١٩٨] منه أعرف بحقيقة الحال[(٤)] من الشاهد[(٥)]، وكذا من السارق المقر إذ يمكن أن يكون ملكاً للسارق بطريق الارث، أو ملكاً لذي رحم محرم، وهو غير عالم به ففي ترك المسروق منه الدعوى وكذا في غيبة عدم[(٦)] وجوب القطع، قيل أما غيبة المزينة، وإن كان فيها توهم، إنها لو كانت حاضرة، ادعت أمراً يسقط الحد فلا اعتبار [به لأنها راضية بالزنا فيكون متهمة في دعوى ما يسقط الحد، ويرد عليه أن يشكل بسقوط[(٧)] دعواها][(٨)]، النكاح لقيام التهمة حينئذ أيضاً أن قوله لأنها راضية محل نظر.

(لا من سرق) عطف على الضمير المستتر[(٩)] في قوله (**وقطع من سارق قطع)** لسقوط عصمته[(١٠)] **(وقطع عبداً أقر بسرقة ورد)**[(١١)] أي المسروق إن كان قائماً **(الى ملكه)** هذه المسألة على وجوه لأنه لا يخلوه.

أما أن يكون العبد مأذناً، أو محجوراً، أو المال[(١٢)] قائم في يده، أو هالك والمولى مصدق، أو مكذب، فإن كان مأذوناً يصح إقراره [في حق القطع، والمال][(١٣)] فتقطع يده ويرد المال المسروق[(١٤)] منه أن كان قائماً.

وان كان هالكاً، لا ضمان عليه صدقه مولاه، أو كذبه.

---

(١) ينظر: الهداية (٢/ ٤١٧). ومغني المحتاج (٤/ ١٧٥).

(٢) (ومستضبع): لم ترد في (هـ).

(٣) (اليد): لم ترد في (ب).

(٤) (الحال): لم ترد في (ب).

(٥) في (هـ): (الشهود).

(٦) في (ب): (سموم).

(٧) في (ز): (بسقوط الحد عند دعواها).

(٨) ما بين قوسين، لم ترد في (ب).

(٩) في (أ، ب، ج، و، د): (المستكن).

(١٠) قال في الذخيرة: إن كان الهلاك والاستهلاك قبل قطع يده وإن قال المالك أنا ضمنته لا يقطع عندنا، وإن قال: أنا أختار القطع يقطع ولا ضمان عندنا خلافاً لقول الشافعي والمسألة أن القطع مع الضمان لا يجتمعان [د١٤٢ظ].

(١١) في (و، هـ): (فرد).

(١٢) في (د، و): (والمال).

(١٣) ما بين القوسين، لم ترد في (و).

(١٤) في (ز): (على المسروق).

وإن كان محجوراً، فالمال[١] هالك، ويقطع، ولم[٢] يضمن كذبه مولاه، أو صدقه وإن كان قائماً [خ١٠٤و] وصدقه مولاه يقطع عندهم، ويرد المال على المسروق منه. وإن كان كذبه [د١٢٤و]، وقال المال[٣] مالي.

قال أبو حنيفة : يقطع يده والمال المسروق منه.

وقال أبو يوسف والشافعي [أ٨٣و]، يقطع يداه[٤] والمال للمولى.

قال محمد : لا يقطع والمال للمولى، ويضمن العبد بعد العتق[٥].

وقال زفر : لايصح إقراره في حق القطع، مأذوناً، أو محجوراً.

ويصح إقراره بالمال إن كان مأذوناً، وإن كان محجوراً لا يصح إقراره[٦] بالمال أيضاً [ج١٠و].

(وما قطع[٧] به إن بقي رد، ولا ضمن وإن أتلف) [ز١٤٧ظ].

هذا رواية أبي يوسف[٨] عن أبي حنيفة، وهو المشهور.

وفي رواية الحسن[٩] عنه : أنه يجب الضمان في الاستهلاك.

وقال الشافعي[١٠] : يضمن فيهما، لأنهما حقان، قد اختلف سببهما، فلا يمتنعان[١١]، فالقطع حق الشرع، وسببه ترك الانتهاء عما نهى عنه.

والضمان، حق العبد وسببه أخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم[١٢].

---

(١) في (و، هـ): (والمال). (٢) في (و): (وان).

(٣) في (ب، ج، هـ): (المالك).

(٤) (يده): لم ترد في (و).

(٥) وحكى الطحاوي في المختصر: ص٢٧٠ وما بعدها : أن الأقاويل الثلاثة مروية عن الإمام، فقول الأول أخذ به محمد والثاني أخذ به أبو يوسف.

(٦) ينظر: الهداية (١/ ٢/ ٤١٩)، والبيان (١٢/ ٤٣٦)، وبدائع الصنائع (٦/ ٣٢).

(٧) في (ب، ج): (وما بقي). (٨) (يو): مكررة في (أ).

(٩) الحسن بن زياد: هو أبو علي الحسن بن زياد اللؤلؤي الكوفي صاحب أبي حنيفة، ولي القضاء بالكوفة بعد حفص بن غياث سنة (١٩٤هـ) أخذ عنه محمد بن سماعة وغيرهم، من مصنفاته : كتاب المجرد، والأمالي، ومعاني الأعيان، وأدب القاضي، توفي سنة (٢٠٤هـ) وفي السنة مات الشافعي بمصر. ينظر : ميزان الاعتدال (٢/ ١٤٠). والفهرست (٣٨٥). والعبر (١/ ٣٤٥). وشذرات الذهب (١/ ١٢).

(١٠) ينظر : حاشية البجيرمي (٤/ ٢٢٧). نهاية المحتاج (٧/ ٤٤٣).

(١١) في (ب، ج): (فلا يمتنع). (١٢) ينظر: الهداية (١/ ٢/ ٤١٩).

ولنا: قوله ﷺ: «لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه»[١]، ولأن وجوب الضمان ينافي القطع، لأنه يتملكه بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الأخذ فتبين أنه ورد على ملكه فينتفي القطع، وما يؤدي انتفائه فهو المنتفى.

وأما ما قيل: أن في حال السرقة صار المال معصوماً حقاً للشرع، فلم يبق معصوماً لحق العبد، فلا يجب الضمان فمشكل بوجوب الضمان في استهلاك صيد مملوك في الحرم.

(ولا يضمن شيئاً من سرق مرات فقطع بكلها أو بعضها) هذا عنده.

وقالا: يضمن كلها إلا التي قطع بها[٢].

والخلاف: فيما إذا حفر أحدهم وادعى السرقة، وأما إذا أحضروا جميعاً وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيئاً بالاتفاق.

(ولا قاطع يسار من أمر بقطع يمينه بسرقة ولو عمداً).

وقالا: لا شيء عليه في الخطأ، ويضمن في العمد[٣]. [هـ١٩٩].

وقال زفر[٤]: يضمن فيهما وهو القياس[٥].

(وقطع من شق، ما سرق في الدار ثم أخرجه[٦])[٧].

وعن أبي يوسف: أنه لا يقطع[٨]، لأن له فيه سبب الملك، وهو الخرق الفاحش فإنه يوجب القيمة، فتملك المضمون.

ولهما: أن الأخذ وقع سبباً للضمان لا للملك، وإنما الملك ثبت ضرورة[٩] أداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد، ومثله لا يورث الشبهة[١٠].

---

(١) قال في نصب الراية (٣/ ٣٧٥) وما بعدها: غريب بهذ اللفظ. والدراية (٢/ ١١٣) رقم (٦٨٩): لم أجده بهذا اللفظ. وبمعناه ما أخرجه الدارقطني (٣/ ١٨٢) رقم (٢٩٦) عن عبد الرحمٰن بن عوف قال: قال رسول الله ﷺ: (لا غرم على السارق بعد قطع يمينه) وأخرجه النسائي في المجتبى (٨/ ٩٢) رقم (٤٩٨٤) عن عبد الرحمٰن بن عوف أن رسول الله ﷺ قال: (لا يغرم صاحب سرقة وإذا أقيم عليه الحد)، وقال أبو عبد الرحمٰن: هذا مرسل وليس بثابت.

(٢) (بها): لم ترد في (د).

(٣) (في العمد): مكرر في (هـ).

(٤) في (أ) فقط: (قال زفر: يضمن وفي العمد أيضاً وهو القياس).

(٥) ينظر: الهداية (٢/ ٤١٧).

(٦) في (أ): (أقر به).

(٧) في (أ): (وهو يساوي النصاب ذكره في النصاب ذكره في الهداية).

(٨) في (و): (لا قطع).

(٩) ينظر: الهداية (٢/ ٤٢٠).

(١٠) قال: أنا سارق هذا الثوب بالاضافة قطع لكونه إقراراً بالسرقة، ولو قال أنا سارق هذا الثوب =

(لا من سرق شاة فذبحها فأخرج)[(١)]، لأن السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه.

(ومن جعل ما سرق دراهم، أو دنانير قطع)، أي[(٢)]: ساوى النصاب وقت الأخذ، وإنما لم يذكر هذا القيد لأنه مفروغ منه **(وردت)** هذا عنده.

وقالا لا يجب[(٣)] ردها[(٤)]، لأن هذه صفة متقومة عندها، خلاف له.

(وإن حمر فقطع [د ١٢٥ظ] فلا رد)؛ لأن الصبغ قائم صورة [ومعنى وحق الملك في الثبوت قائم صورة ولا معنى][(٥)] **(ولا ضمان)** لأنه لا يجامع [ز١٤٧و] القطع، وقال محمد: يؤخذ منه ويعطى ما زاد الصبغ فيه][(٦)]، [أ٨٣و].

(وإن سوده رد) هذا عند أبي حنيفة، لأن السواد نقصان [خ١٠٥ظ] عنده وكذا عند محمد كما في الحمرة، فإن الصبغ لا يتبع حق المالك[(٧)] عنده.

وأما عند أبي يوسف: فلا يرد، لأن السواد زيادة كالحمرة عنده[(٨)]، والله أعلم[(٩)].

باب قطع الطريق

(من قصد معصوماً على معصوم) أي حال كون القاصد والمقصود عليه مسلماً أو ذمياً.

(فأخذ قبل أخذ شيء، وقَتْلٍ [ج١١ظ] حُبس حتى[(١٠)] يتوب) ويظهر فيه سيماء الصالحين، فإن قلت لا يحبس[(١١)]، بقصد قطع الطريق ما لم[(١٢)] يخف المارة، قلت نعم، وقد ضمن الإشارة إليه بقوله [على معصوم][(١٣)].

(وإن أخذ مالاً ونصيب كل منه نصاب[(١٤)] قطع يده ورجله من خلاف، وإن قتل بلا أخذ قتل حداً)، أي هذا القتل حداً **(لا قصاصاً فلا يعفوه ولي)** تفريع على

= بدونها أي بدون الاضافة بتنوين سارق لا، أي لا يقطع لكونه عدة لا إقراراً. ينظر: الدرر الحكام (٢/ ٨٤).

(١) في (أ): (فذبحه وأخرجه). وفي (ب): (فذبحها فأخرجها) وفي (ج، د، هـ): (فذبحه فأخرج).

(٢) في (و): (ان).

(٣) في (ب، ج): (يجب).

(٤) في (و): (الرد).

(٥) ما بين القوسين: لم ترد في (ب، هـ).

(٦) ما بين القوسين: لم ترد في (أ).

(٧) في (ب): (الملك).

(٨) ينظر: الهداية (٢/ ٤٢١).

(٩) (والله أعلم) الزيادة من (ب، ج).

(١٠) في (ب): (من).

(١١) في (ج): (لحبس).

(١٢) في (هـ): (لما).

(١٣) ما بين القوسين: لم ترد في (و).

(١٤) في (ب، ج): (نصاباً).

كون يقتل حداً (**وإن قتل وأخذ قطع، ثم قتل، أو صلب، أو قتل، أو صلب حياً**) قوله أو قتل عطف على قطع إن شاء الإمام قطع، ثم قتل [أو صلب وإن شاء قتل][1] أو صلب حيا[2] من غير قطع (**ويبعج برمح حتى يموت**) البجع، شق البطن (**ويترك ثلاثة أيام، وما أخذ فتلف لا يضمن**)، أي إذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال أخذه اعتباراً بالسرقة الصغرى.

(**وبقتل أحدهم حدوا**) أي باشر القتل أحدهم يجب [أ٨٤ظ] الحد على الجميع.

(**وحجر وعصا لهم كسيف، وإن جرح وأخذ قطع هدر جرحه، وإن جرح فقط، أو قتل عمداً فتاب**) أي تاب[3] قبل أن يؤخذ، (**أو كان منهم غير مكلف**) وعن أبي يوسف أنه لو باشر الملكفون يحد الباقون.

(**أو ذو رحم محرم من المارة، أو قطع بعض المارة على البعض، وقطع الطريق ليلاً أو نهاراً في مصر**)، وفيه خلاف:

الشافعي وعن أبي يوسف: أنهم [إن قصدوا في المصر بالسلاح يجري عليهم أحكام قطاع الطريق][4] وإن قصدوا بالحجر أو الخشب، فإن كانوا خارج المصر كذلك الحكم وإن كانوا بقرب منه، وفي المصر فإن كان بالليل فكذلك أيضاً[5]، وإن كان بالنهار لا يجري عليهم حكم قطاع الطريق واستحسن المشايخ هذه الرواية وبه يفتى كذا في "التبيين"[6].

(**أو بين مصريين**) إذا كانا قريبين بحيث يلحق الفوت [ز١٤٨ظ] غالباً كالكوفة[7] [هـ٢٠٠] والحيرة[8]، ففيه خلاف الشافعي.

---

(١) ما بين القوسين: لم ترد في (د).
(٢) (حياً): لم ترد في (ب، ج).
(٣) (تاب): لم ترد في (ب، ج).
(٤) ما بين القوسين: لم ترد في (هـ).
(٥) وذلك لأن الغوث لا يلحقهم. ينظر: تبيين الحقائق (٣/ ٣٢٩).
(٦) ينظر: تبيين الحقائق (٣/ ٣٢٩). ونهاية المحتاج (٨/ ٣).
(٧) الكوفة: بنيت في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما أمر سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه ببنائها بعد فتح القادسية كي يتخذ المسلمون دار هجرة، ولن يحمل بينه وبينهم بحراً فجاء إلى الكوفة فاختطها، وأقطع الناس المنازل، وأنزل القبائل منازلهم وبنى مسجدها وذلك في سنة (١٧هـ) وقد سميت بالكوفة لاجتماع الناس بها، وقيل لاستدارتها. ينظر: فتوح البلدان (١/ ٢٧٤). وصبح الأعشى (٤/ ٣٣٦). ومعجم ما استعجم (٤/ ١١٤١). وأحسن التقاسيم (١/ ١١٦).
(٨) الحيرة: هي التي كان يسكنها النعمان بن المنذر، وهي أول منازل الكوفة.

(فلا حد وللولي قوده، أو إرثه أو عفوه) أي لا يجب الحد في الصورة المذكورة بل إن كان القتل عمداً فللولي القود [د١٢٥و] والعفو أي مخير بينهما وإن كان غير عمد فله الدية والعفو **(وفي الخنق دية)** الخنق من قبيل القتل بالمثقل وفيه القصاص عند أبي حنيفة[١].

(ومن فعله غير مرة قتل به) يعني سياسة، ومن السياسة ما حكي عن الفقيه أبي بكر الأعمش[٢]، أن المدعى عليه الرقة إذا أنكر فللإمام أن يعمل فيه بأكبر رأيه فإن غلب على ظنه أنه سارق، وإن المال المسروق عنده عاقبه كذا في "التبيين"[٣].

---

(١) ينظر: الهداية (١/ ٢/ ٤٢٣).

(٢) أبو بكرالأعمش: هو أبو بكر محمد بن سعيد بن محمد بن عبد الله الفقيه المعروف بالأعمش، استاذ أبو جعفر الهنداوي تفقه على أبي بكر الاسكاف، ولد سنة (٦١٥هـ) ومات سنة (٦٧٥). ينظر: طبقات الفقهاء ص٥٩. وطبقات الحنفية (١/ ٥٦) رقم (١٨٢).

(٣) ينظر: تبيين الحقائق (٣/ ٢٤٠).

كتاب الجهاد

كتاب الجهاد[1] وهو في الشرع: بذل[2] الوسع في القتال في سبيل الله مباشرة، أو معاونة بالمال أو بالرأي، أو بتكثير السواد، أو غير ذلك [خ ١٠٥و].

(**هو فرض كفاية بدءاً**)[3] أي يفرض علينا[ج١١و] أن نبدأهم بالقتال، وإن لم يقاتلوا[4]، وبين معنى كونه على الكفاية بقوله: (**إن قام به بعض سقط عن الباقين**) يعني أنه يفترض[5]، على جميع من[6] هو[7] من أهل الجهاد لكن[8] إذا قام به البعض بأن يحصل الكفاية بهم يسقط[9] عن الباقين، فما لم يحصل الكفاية، لا يسقط ذكره في "البدائع"[10].

فإياك أن تتوهم، أن فرض الجهاد يسقط عن المسلمين في ديارنا بإقامته من[11] ديار الهند، أو الترك إذ لا تحصل الكفاية بذلك، وهو شرط السقوط عن الباقين (**وإن تركوا أثموا**) أي المكلفون به[12]، وأثمتهم على تقدير تركه مطلقاً لا تركهم خاصة، حتى لو قام[13] به غيرهم[14] من العبيد[15] والنسوة[16] سقط الإثم عنهم، ولذلك قال لو ترك أثموا.

[ولم يقل إن تركوا أثموا[17]][18].

(**إلا على صبي وعبد، وامرأة، وأعمى، ومقعد، وأقطع، وفرض عين إن هجموا**) أي على بلد من بلاد الإسلام، أو ناحية من نواحيه[19].

---

(١) في (أ): (باب الجهاد).
(٢) (بذل): لم ترد في (هـ).
(٣) (بدءاً): لم ترد في (هـ).
(٤) في (أ، هـ): (يقاتلون). وفي (ج، و، ز): (يقاتلونا).
(٥) في (ب، ج): (يفرض).
(٦) في (ب): (ما).
(٧) (من هو): لم ترد في (ج).
(٨) في (أ، د): (ولكن).
(٩) في (ب، ج): (سقط).
(١٠) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٥٨).
(١١) في (ز): (من في).
(١٢) في (ب، ج): (بهم).
(١٣) في (ب، ج): (بهم).
(١٤) في (ب): (غير).
(١٥) في (و): (العبد).
(١٦) في (هـ، ز): (النسوان). وفي (و): (النواب).
(١٧) (أثموا): لم ترد في (ب، و، هـ).
(١٨) ما بين القوسين: لم ترد في (ب، ج).
(١٩) في (أ): (ناحية). ولم ترد في (هـ).

قال في "المغرب[١]": الهجوم الإتيان بغتة والدخول من غير استئذان[٢].

(فتخرج المرأة والعبد بلا إذن)؛ لأن المقصود لا يحصل إلا بإقامة الكل فيفرض على الكل، وحق الزوج والمولى لا يظهر في حق فروض الأعيان[٣].

قال في "الذخيرة": إذا جاء النفير إنما يصير فرض عين [ز١٤٨و] على من يقرب من العدو وهم يقدرون على الجهاد، فأما من وراءهم يبعد من[٤] العدو، فإن كان الذين هم بقرب العدو عاجزين عن مقاومة العدو وقادرين إلا أنهم[٥] لا يجاهدون لكسل بهم أو تهاون افترض على من يليهم فرض عين ثم من يليهم كذلك حتى يفترض على هذا التدريج على المسلمين كلهم شرقاً وغرباً، وعلى هذا التفصيل صلاة الجنازة والتجهيز.

(وكره الجعل مع فيء وبدونه لا) الجعل [ما يجعل للعامل على عمله، والمراد أن يضرب[٦] الإمام الجعل على الناس[ب١٣ظ] الذين يخرجون][٧] إلى الجهاد، وإنما كره؛ لأنه لا يشبه الأجر ولا ضرورة [د١٢٦ظ] إليه[٨] لأن مال بيت المال معد النوائب المسلمين، وهذا من جملتها.

[باب كيفية القتال]

(وإن حوصروا) أي الكفار **(دعوا إلى الإسلام[٩]، فإن أبو فإلى الجزية)** هذا في حق من يقبل منه الجزية، وسيأتي بيانه[١٠] [أنه من هم][١١].

(فإن قبلوا [أ٨٤و] فلهم مالنا) من الانصاف **(وعليهم ما علينا)** من الانتصاف وكون عقد كتاب السير لبيان هذا النوع من الأحكام كفى قرينة له. **(ولا يقاتل**

---

(١) هو لأبي المكارم ناصر بن عبد السيد المخرزي (ت٦١٠هـ) وقد رتبه على أحرف المعجم وتدقيقه اختصرته لأهل المعرفة بعدما سرحت النظر في كتب لم تجدها في تلك النوبة نظري. ينظر: تاج التراجم ص٧٩ رقم (٢٤١). وكشف الظنون (٢/ ١٧٤٧). والفوائد البهية ص٢١٨ وما بعدها.

(٢) ينظر: المغرب (٢/ ٣٧٩).

(٣) في (ب): (الأحيان).

(٤) في (هـ): (عن).

(٥) في (ب، ج): (على أنهم).

(٦) في (ج): (أن يجعل).

(٧) ما بين القوسين: لم ترد في (هـ).

(٨) (إليه): لم ترد (في ب).

(٩) وفي المحيط: تقديم الدعوى إلى الاسلام كان في ابتداء الاسلام، وأما بعدما انتشر بحل القتال معهم قبل الدعوة ويقوم ظهور الدعوة وشيوعها مقام دعوة كل مشرك وهذا صحيح في ظاهر التبيين. ينظر: مجمع الأنهر (١/ ٦٤٣).

(١٠) في (أ، د، و): (بيان).

(١١) ما بين القوسين: لم ترد في (ب، هـ).

من[١] لم[٢] **تبلغه الدعوة وندبت**) أي الدعوة الجديدة لم تبلغه (**فإن أبوا**) أي عما دعوا إليه (**حوربوا بمنجنيق**[٣]**، وتحريق، وتغريق**[٤][٥]**، ولو تترسوا بمسلم بنيتهم لا بنيته، وقطع شجر، وإفساد الزرع بلا عذر ومثله**) الغدر والخيانة [ج١٢ظ] ونقض العهد لا مطلقاً بل إذا لم يكن بطريق النبذ، لن نقضه بذلك الطريق مشروع مسنون والخدعة التي أشير إلى جوازها بقوله ﷺ: (**الحرب خدعة**)[٦] ما لا[٧] يتضمن النقض، فلا اختصاص لجوازها [بزمان [خ١٠٦ظ] قيام الحرب][٨].

والمثلة[٩]: اسم من مُثل به أي نكل به معناه، جعله نكالاً ولا[١٠]عبرة لغيره مثل قطع الأعضاء، وتسويد الوجه، ومثله العرنيين[١١][١٢] نسخت بقوله ﷺ: «لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا»[١٣].

قال في "الاختيار" أو المثلة المنهية بعد الظفر بهم[١٤]، ولا بأس بها قبله، لأنه أبلغ في كتبهم وأضربهم[١٥].

---

(١) (من): مكرر في (ب). (٢) (من لم): لم ترد في (هـ).

(٣) منجنيق: بفتح الميم وكسرها والمنجنوق القذاف التي ترمى بها الحجارة، معرب وأصلها بالفارسية مَنْ جي نيك، والجمع منجنيقات ومجانيق. ينظر: لسان العرب (١٠/ ٣٣٨). والمصباح المنير (٢/ ٥٦٥).

(٤) (وتغريق): لم ترد في (ب). (٥) في (و): (ورمي).

(٦) ينظر: صحيح البخاري (٦/ ٢٥٣٩) رقم (٦٥٣١). وصحيح مسلم (٢/ ٧٤٦) رقم (١٠٦٦). وسنن ابن ماجه (٢/ ٩٤٥) رقم (٢٨٣٣). ومسند أبي عوانة (٤/ ٢١٣) رقم (٦٥٤٨) وغيرها.

(٧) في (هـ): (ما لم). (٨) ما بين القوسين: لم ترد في (هـ).

(٩) (ولا): لم ترد في (و، هـ). (١٠) في (أ): (والمسألة).

(١١) (العرنيين): لم ترد في (ب).

(١٢) حديث العرنيين عن أنس أن أناساً من عرينة قدموا على رسول الله ﷺ المدينة فاجتووها، فقال لهم رسول الله ﷺ: «إن شئتم أن تخرجوا إلى إبل الصدقة فتشربوا من ألبانها وأبوالها» ففعلوا فصحوا ثم مالوا على الرعاة فقتلوهم وارتدوا عن الإسلام وساقوا ذود رسول الله ﷺ فبلغ ذلك النبي ﷺ فبعث في أثرهم فأتى بهم فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم وتركهم في الحرة حتى ماتوا) ينظر: صحيح البخاري (٦/ ٢٤٩٥) رقم (٦٤١٨). وصحيح مسلم (٣/ ١٢٩٦) رقم (١٦٧١) واللفظ له.

(١٣) ينظر: صحيح البخاري (٣/ ١٣٥٧) رقم (١٧٣١). وسنن الدارمي (٢/ ٢٨٤) رقم (٢٤٣٩). سنن أبي داود (٣/ ٣٧) رقم (٢٦١٣). وسنن ابن ماجه (٢/ ٩٥٣) رقم (٢٨٥٨). وسنن الترمذي (٤/ ٢٢) رقم (١٤٠٨). وسنن البيهقي (٩/ ٤٩). رقم (١٧٧٢٨) وغيرها. وصحيح ابن حبان (١١/ ٤٢) رقم (٤٧٣٩)..

(١٤) في (ب، ج): (منهم).

(١٥) ينظر: الاختيار (٤/ ٣٦٣).

(**وقتل غير مكلف وشيخ فان**[١]) قال في "الذخيرة": هذا الجواب في الشيخ الكبير[٢] الفاني الذي لا يقدر على القتال[ز١٤٩ظ] ولا على الصياح، ولا على الاحتيال، ولا يكون من أهل الرأي والتدبير أما[٣] إذا كان يقدر على ذلك، يقتل؛ لأنه بقتاله محارب، وبصياحه محرض على القتال، وبالاحتيال يكثر المحارب[٤].

(**وأعمى، ومقعد**) خلافاً للشافعي[٥] في الشيخ والأعمى والمقعد.

(**وامرأة إلا ملكه**)، ذكر في "الكافي"[٦]: أن الصبي أيضاً يقتل إذا كان ملكاً.

(**أو مقاتلاً منهم، أو معيناً بالمال، أو الرأي**[٧]، **والاحتيال، وأب كافر بدءاً**).

أي لا يقتل الابن أباه الكافر ابتداء، [وإنما قال ابتداء][٨]؛ لأنه إذا قصد الأب قتله بحيث لا يمكنه دفعه[٩] إلا بقتله، يجوز له قتله (**فيقتل**) بالنصب، أي لأن يقتله (**غير ابنه**) فالفعل المضارع ينصب بأن مقدرة بعد الفاء إذا كان ما قبلها سبباً لما بعدها بعد عدة اشياء منها النفي أن يصير أباً الابن عن قتل أبيه على وجه يتضمن لقتل غيره أباه، بأن يشغله ويلبشه إلى أن يجيء آخر فيقتله أشير إلى هذا في عبارة "الهداية"[١٠] القائلة: [ب١٣و] "فإن أدركه امتنع عليه حتى يقتله غيره حيث قال عليه[د١٢٦و] دون عنه". (**وإخراج مصحف أو امرأة، إلا في جيش يؤمن عليه، [باب الموادعة ومن يجوز أمانة] وصولحوا إن كان**[١١] **خيراً ولو منهم مال أن لنا به حاجة، ونبذ أن هو أنفع، فقوتلوا**).

لفظ كان مضمر في المواضع الثلاث[١٢]، والنبذ إلقاء الخبر إليهم[١٣] بنقض

---

(١) (فان): لم ترد في (هـ).

(٢) (الكبير): لم ترد في (ب، و، هـ). (٣) (هـ): (وأما).

(٤) إذا كان صاحب رأي يقتل؛ لأن الناس يحاربون برأيه فيصير سبباً إلى المحاربه، وقد صح أن رسول الله ﷺ قتل دريد بن الصمة وكان ابن مئة وعشرين سنة وفي رواية مئة وستين سنة؛ لأنه كان صاحب رأي.ينظر الذخيرة البرهانية [ق/ ٢/ ٥/ ظ].

(٥) ينظر: البيان (١٢/ ١٠٦).

(٦) الكافي في فروع الحنفية: للحاكم الشهيد محمد بن محمد الحنفي (ت٣٣٤هـ) جمع فيه كتب محمد بن الحسن المبسوط وما في جوامعه، وهو كتاب معتمد في نقل المذهب، وشرحه جماعة من المشايخ، منهم: شمس الأئمة السرخسي، وهو المشهور بمبسوط السرخسي، وهو المراد إذا أطلق المبسوط في شروح الهداية وغيرها. ينظر: كشف الظنون (٢/ ١٣٧٨).

(٧) في (و): (أو بالرأي).

(٨) ما بين القوسين: لم ترد في (و)

(٩) في (ز): (رفعه).

(١٠) ينظر: الهداية (٢/ ٤٢٨).

(١١) (كان): لم ترد في (د، و، هـ).

(١٢) (الثلاثة): لم ترد في (و).

(١٣) في (و): (عليهم).

العهد.

[(**وقبل نبذ**) أي قوتلوا قبل نبذ[١] (**لو خانوا**) لم يقل بداء لعدم الحاجة إليه فإن خيانتهم لا يتحقق بدونه].

[(**وصولح المرتد**) يعني القادر على المحاربة][٢] الممتنع عن الأخذ على ما دل عليه عبارة المصالحة (**بلا مال**) لا؛ لأنه جزية، لأنه بعد النزول بساحتهم يكون غنيمة بل، لأن في أخذ المال منهم نوع تقدير لهم على الارتداد، وذلك لا يجوز. (**ولا رد إن أخذ**) لأنه مال غير معصوم .(**ولا يباع سلاح**[٣]**، وخيل، وحديد منهم، ولو بعد صلح**) أي لا يعقل ذلك لأنه مكروه؛ [لا أنه لا ينبغي أن يفعل ذلك][٤]؛ لأنه غير مستحب كما يفهم من "الهداية"[٥] [ج١٢ و] .(**وصح أمان حر وحرة، فإن كان شراً نبذ وأدّب**) أي المباشر [ز ١٤٩ و] لذلك الصلح[٦] (**ولغا أمان الذمي ومسلم في دارهم**) أسيراً كان أو تاجر [هـ٢٠٢] أو من أسلمته ولم يهاجر (**ومجنون، وصبي، وعبد، إلا مأذونين**).قال في "الاختيار" : وعامة المشايخ رضي الله عنهم على أنه لا يصلح صلح صبي مأذون لأن المصلحة والخيرية[٧] خفية لا يهتدي إليهما إلا من له كثرة تجربة وممارسة، وذلك بعد البلوغ[٨].

باب المغنم وقسمته

(**قسم الإمام بين** [هـ١٠٦و]**الجيش ما فتح عنوة، أو أقر أهله عليه بجزية وخراج**)[٩].

عطف على قوله قسم[١٠] الإمام [أ٩ظ] ثم عطف على أحدهما قوله (**وقتل الأسرى**) أي[١١] لم يسلموا (**أو استرقهم، أو تركهم أحراراً ذمة لنا**) أي ليكونوا أهل ذمة لنا هذا إذا لم يكونوا من مشركي العرب، والمرتدين، وإنما لم يتعرض لهذا[١٢] البيان ها هنا اعتماداً على ما يأتي في موضعه.

(**ونفي منهم وفداؤهم**).

---

(١) (نبذ): لم ترد في (أ).
(٢) ما بين القوسين: مكرر في (أ) فقط.
(٣) في (و): (بسلاح).
(٤) ما بين القوسين: لم ترد في (و).
(٥) ينظر: الهداية (٢/ ٤٢٩) وما بعدها.
(٦) في (د): (بالصلح).
(٧) في (ب، ج): (الخيرية).
(٨) ينظر: الاختيار (٤/ ٣٦٨).
(٩) في (و): (أو خراج).
(١٠) في (أ): (المال).
(١١) (أي): لم ترد في (هـ، و).
(١٢) في (و): (بهذا).

المن[١] أن يطلقهم مجاناً[٢] سواء كان الإطلاق بعد إسلامهم، أو قبله؛ أشير إلى ذلك في التعليل الذي ذكر في "الهداية"[٣].

وقال الشافعي: يجوز المن والفداء أن يطلقهم بأخذ مال[٤]، أو أسير في مقابلتهم[٥].

قال في "الهداية": ولا يفادى بالأسارى عند أبي[٦] حنيفة.

وقالا: يفادى بهم أسارى المسلمين وهو قول الشافعي.

وأما المفادات بمال[٧] يأخذه منهم لا يجوز في المشهور من المذهب[٨].

وفي "السير الكبير"[٩]: أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالاً بأسارى[١٠] بدر وهذا البيان منه ظاهر في عدم الفرق بين أن يكون ذلك [ب١٤٣ظ] قبل وضع الحرب أوزارها [د١٢٧ظ]، أو بعدها[١١] ثم أنه علم من نفي المن والفداء نفي.

(ردهم إلى دارهم) بطريق الدلالة، فلا حاجة إلى ذكره ولذلك تركه **(وعقر دابة، شق نقلها، وذبحت، وحرقت)**، وقال الشافعي: تترك[١٢] **(وقسمة مغنم ثمة)** خلافاً للشافعي[١٣] **(لا إيداعاً)** أي[١٤] إن لم يكن للإمام[١٥] حمولة يحمل عليها الغنائم.

---

(١) المن: أن يترك الأمير الأسير الكافر ولا يأخذ منه شيئاً. ينظر: التعاريف (١/ ٦٨٠).

(٢) في (ب): (مجازاً).

(٣) ينظر: الهداية (٢/ ٤٣٢).

(٤) في (ب): (بمالي). وفي (ج): (بمال).

(٥) ينظر: البيان (١٢/ ١٤٧) وما بعدها. واعانة الطالبين (٤/ ١٩٩). وحاشية البجيرمي (٤/ ٢٥٦).

(٦) وعن الإمام إنه لا بأس بأن يفادى بهم أسارى المسلمين، وهو قول محمد، ثم قال في "السير الكبير" أن هذا أظهر الروايتين عن الإمام، وقال أبو يوسف: يجوز ذلك قبل القسمة. ينظر: مجمع الأنهر (١/ ٦٤٩). والسير الكبير (٤/ ١٦٥١).

(٧) في (ب): (بما).

(٨) ينظر: البيان (١٢/ ١٤٧) وما بعدها. واعانة الطالبين (٤/ ٢٠٠). ومغني المحتاج (٤/ ٢٢٨). والهداية (٢/ ٤٣٢).

(٩) ينظر: السير الكبير (٤/ ١٦٥١).

(١٠) في (هـ، و): (بدر).

(١١) في (أ، هـ، و): (أو بعده).

(١٢) ينظر: البيان (١٢/ ١٧٩). ومغني المحتاج (٤/ ٢٣٢). وحاشية الشيرواني (٤/ ٢٦٠).

(١٣) ينظر: الشافعي. ومغني المحتاج (٤/ ٢٣٢). وحاشية الشيرواني (٤/ ٢٦٠).

(١٤) (أي): لم ترد في (أ، د، هـ، و).

(١٥) في (ب، ج): (الإمام).

(فيرد هنا، ويقسم الردء[١] ومدد لحقهم كمقاتل فيه) أي في المغنم خلافاً للشافعي[٢]، بعد انقضاء القتال.

(لا سوقي[٣] لم يقاتل ولا من مات ثمة) لأنه بالإحراز يصير ملكاً لنا.

وعند الشافعي: باستقرار هزيمة الكفار يصير ملكاً لنا، فمن مات[٤] بعد ذلك [ز١٥٠ظ] يورث نصيبه عنده[٥].

(ويورث قسط من مات هنا، وحل لنا ثمة طعام، وعلف، وحطب، ودهن) شرط[٦] الحاجة في "السير الصغير"[٧]: حتى لو كان بلا حاجة يكره ولم يشترطها في "السير الكبير"[٨] وبه أخذ المصنف، وأما السلاح والدواب فالحاجة شرطها فيهما بلا خلاف ولذلك[٩].

(وسلاح به حاجة بلا قسمة لا بعد الخروج منها ولا بيعها).

أي لا يجوز للقائمين بيعها ذكره في "المبسوط"[١٠].

(وتمولها، ورد الفضل إلى المغنم، ومن أسلم [ج١٣ظ] ثمة[١١] أحرز نفسه).

إنما قال[١٢]: أحرز [ولم يقل أحرز][١٣]، ولم يقل عصم؛ لأن من

---

(١) في (هـ، و): (والرد). الردء: بكسر الراء وسكون الدال المهملتين، وهو المعين من أردأت أي أعنت وفلان رد فلان أي معنيه. ينظر: شرح الكنز (١/ ٢٤٩).

(٢) ينظر: الشافعي. ومغني المحتاج (٤/ ٢٣٢).

(٣) السوقي: وهو الذي يخرج مع العسكر للبيع والشراء بلا قتال، فإن قاتل يشاركهم؛ لأنه بمباشرة القتال ظهر أن قصده والتجارة تبع له بخلاف ما إذا لم يقاتل، وهو قول الشافعي ﷺ: (يسهم له؛ لأنه شهد الوقعة. ينظر: شرح الكنز (١/ ٢٤٩).

(٤) في (أ): (التاء) ساقطة.

(٥) ينظر: قول الشافعي، مغني المحتاج (٤/ ٢٣٤).

(٦) في (ج): (بشرط).

(٧) ينظر: السير الصغير في فقه الإمام محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة وهو آخر مصنفاته صنفه بعد انصرافه. ينظر: طبقات الحنفية (١/ ٥٦٠). كشف الظنون (٢/ ١٠١٣).

(٨) ينظر: السير الكبير (١/ ١٠٨). للإمام محمد بن الحسن الشيباني شرحه القاضي علي بن الحسين السغدي الموتفي (٤٦١هـ) وشرحه الإمام شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهيل السرخسي (ت٤٨٣هـ) في جزئين ضخمين وأملاه محبوساً وأتمه في سنة (٤٨٠هـ) وعليه شرح لصاحب المحيط وهو كتاب مطبوع. ينظر: كشف الظنون (٢/ ١٠١٤). وطبقات الحنفية (١/ ٥٦١). وتاريخ الأدب العربي لبروكلمان (٣/ ٢٥٥).

(٩) في (ز): (ولذلك قال).

(١٠) ينظر: المبسوط (١٠/ ٨٨).

(١١) (ثمة): لم ترد في (و).

(١٢) (قال): مكرر في (ب، ج).

(١٣) في (ب): (إنما قال: ولم يقل أحرز).

أسلم[١] في دار الحرب، ولم يخرج إلى دار الإسلام، ولا يكون معصوماً عند أبي حنيفة، ويكون محرزاً صرح بذلك في الهداية[٢].

(وطفله)[٣]؛ لأنه صار مسلماً تبعاً **(ومالاً معه، أو أودعه محرزاً)** مسلماً كان أو ذمياً، إنما قال: محرزاً دون معصوماً ليتناول المسلم ثمة.

(لا ولده كبير، أو عرسه وحملها) خلافاً[هـ٢٠٣] للشافعي في الأخير **(وعقاره)**، وقال الشافعي[٤]: هو له، لأنه في يده فصار كالمنقول.

ولنا: أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها إذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة.

(وعبده[٥] مقاتلاً[و١٠٧ظ]، وماله مع حربي بغصب) وما كان غصباً في يد مسلم، أو ذمي فهو فيء عنده.

خلافاً لهما أو لمحمد[٦] على اختلاف روايتين.

(أو وديعة يعتبر وقت المجاوزة) : أي العبرة في استحقاق سهم الفارس للفرس وقت الانفصال من دار الإسلام إلى دار الحرب، وهو المعنى من المجاوزة **(الى مجاوزة الدرب[٧])**[٨] وهو الباب الواسع لغة بالفارسية **(دروان)**[٩] وأريد به فدخل دار الحرب.

وعند الشافعي: وقت القتال[١٠].

(فمن دخل دارهم فارساً فنفق فرسه) أي مات فشهد الوقعة راجلاً.

(فله سهمان سهم فارس) هذا عنده.

وعندهما: للفارس [ب١٤و] ثلاثة أسهم، وهو قول الشافعي[١١].

(ومن دخل راجلاً فتملك[١٢] فرساً فله سهم راجل) وجواب الشافعي[١٣]

---

(١) في (هـ): (المسلم).
(٢) ينظر: الهداية (٢/ ٤٣٥).
(٣) في (هـ): (وطفل).
(٤) ينظر: البيان (١٢/ ٢٠٦).
(٥) في (هـ): (أو عبده).
(٦) (أو لمحمد): في (و) لم ترد.
(٧) الدرب: هو الحد الفاصل بين دار الإسلام ودار الحرب. ينظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ١٤٦). وشرح الكنز (٢/ ٢٥٠).
(٨) ما بين القوسين: لم ترد في (ب).
(٩) في (د، و). (دروازه).
(١٠) ينظر: الأم (٧/ ٣٤٣).
(١١) ينظر: المصدر السابق. والبيان (١٢/ ٢٠٩).
(١٢) في (أ، ب): (فملكه).
(١٣) (أسهم له ولفرسه). ينظر: الأم (٧/ ٣٤٢). ومختصر المزني ص٢٧٠. والبيان (١٢/ ٢١٤).

على العكس.

(ولا يسهم إلا الفرس) أي واحد[١] فلا سهم للبغل والإبل.

وعند[٢] أبي يوسف، يسهم للفرسين [د١٢٧و] (ولا لمملوك) لم يقل لعبد لعدم شمول المكاتب على ما أفصح قول صاحب الهداية[٣]، والمكاتب بمنزلة العبد.

(وصبي [ز١٥٠و]، وامرأة، وذمي ورضخ لهم) الرضخ إعطاء القليل، والمراد هنا القليل من سهم الغنيمة المملوكة[٤]، إنما يرضخ له إذا قاتل والمرأة إنما يرضخ لها إذا كانت تداوي الجرحى، وتقوم على المرضى، والذمي إنما يرضخ له إذا قاتل، أو دل على الطريق.

(والخمس للمسكين، واليتيم، وابن السبيل، وقدم فقراء ذوي القربى عليهم، ولا شيء لغنيهم وذكره[٥] [الله][٦] تعالى) يعني فيء الخمس، **(للتبرك وسهم النبي ﷺ سقط بموته كالصفي)**[٧].

وعند الشافعي[٨]: يقسم على خمسة أسهم.

سهم: لرسول ﷺ، وهو الخليفة[٩].

وعندنا: سقط هذا بموته ﷺ كما سقط الصفي، فإنه كان للنبي ﷺ أن يصطفي[١٠] لنفسه شيئاً من[١١] الغنيمة[١٢].

وسهم ذوي القربى لهم، أي بني هاشم، وبني عبد المطلب، يستوي فيه

---

(١) (أي واحد): مكرر في (هـ).
(٢) في (ب، ج): (عند).
(٣) ينظر: الهداية (٢/ ٤٣٩).
(٤) في (هـ): (ثم الملوك).
(٥) في (ب، ج): ذكره.
(٦) ما بين القوسين: زدتها لاستقامة النص.
(٧) في (هـ): (كالغني)
(٨) ينظر: البيان (١٢/ ٢٢٨) وما بعدها. وحواشي الشيرواني (٩/ ٢٦٠).
(٩) في (د، هـ، و، ز): (للخليفة).
(١٠) في (هـ): (عن).
(١١) في (ز): (يصفي).
(١٢) أخرج أبو داود عن الشعبي كان النبي ﷺ يدعى الصفي إن شاء عبداً وإن شاء أمة وإن شاء فرساً يختاره قبل الخمس. ينظر: سنن أبو داود (٣/ ١٥٢) رقم (٢٩٩١، ٢٩٩٢، ٢٩٩٣). وفي شرح معاني الآثار (جعل الرسول ﷺ ويصطفي من الغنم سهم الصفي فكان ذلك ما كان حياً يختار لنفسه من الغنم ما شاء فلما مات انقطع ذلك) وممن ذهب إلى هذا القول أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى. ينظر: شرح معاني الآثار (٣/ ٢٣٦). ومصنف عبد الرزاق (٤/ ٣٠٠) وما بعدها رقم (٧٨٧٧). ونصب الراية (٣/ ٤٢٦) وما بعدها. والدراية (٢/ ١٢٦) وما بعدها رقم (٧٢٩).

فقيرهم وغنيهم، ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين.

له قوله تعالى: ﴿وَذِي ٱلْقُرْبَىٰ﴾[١] من غير فصل بين الفقير والغني.

ولنا: أن الخلفاء الأربعة[٢] الراشدين، قسموا[٣] [ج١٣ و] على ثلاثة أقسام[٤] على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة[٥]، وقال ﷺ: «يا معشر بني هاشم إن الله تعالى كره لكم غسالة الناس وأوساخهم وعوضكم بخمس الخمس من الغنيمة»[٦].

والعوض: إنما يثبت في حق من يثبت في حق المعوض وهم:

الفقراء، والنبي ﷺ أعطاهم للنصرة، إلا يرى أنه ﷺ علل فقال: «إنهم لم يزالوا معي هكذا في الجاهلية والإسلام وشبك بين أصابعه»[٧] وبهذا تبين أن المراد بالنصر قرب النصرة لأقرب القرابة فلم يبق بعد موته[٨]، فلا يستحقون بعده إلا بالفقر هذا قول الكرخي.

وقال[٩] الطحاوي: فقيرهم أيضاً محروم وجه[١٠] الأول[١١].

---

(١) سورة البقرة، آية: ٨٣.

(٢) لفظ (الأربعة): لم ترد في (ب). (٣) في (ب): (قسمت).

(٤) لفظ (أقسام): لم ترد في (ب، د، هـ، ز).

(٥) ينظر: المبسوط (١٠/ ٨). ما رواه محمد بن الحسن في كتاب السير أن سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي ﷺ قسموا الغنائم على ثلاثة أسهم: سهم لليتامى وسهم للمساكين، وسهم لأبناء السبيل بمحضر من الصحابة الكرام ﷺ (ولم ينكر عليهم أحد فيكون إجماعاً على ذلك. ينظر: مصنف عبد الرزاق (٥/ ٢٣٨) وما بعدها رقم (٩٤٨٢). والسنن الكبرى (٦/ ٣٤٤)وما بعدها رقم (١٢٧٣٤). البدائع (٦/ ١٠٣). وتفسيرالطبري (١٠/ ٦).

(٦) قال في الدراية: لم أجده هكذا، وفي الطبراني عن ابن عباس قال: بعث نوفل بن الحارث ابنيه إلى رسول الله ﷺ فقال: انطلقا إلى عمكما لعله يستعين بكما على الصدقات، فقال لهما: «لا يحل لكما أهل البيت من الصدقات شيء ولا غسالة الأيدي إن لكم في خمس الخمس لما يكفيكم». ينظر: معجم الطبراني (١١/ ٢١٧) رقم (١١٥٤٣). ونصب الراية (٣/ ٤٢٥). والدراية (٢/ ١٢٦) رقم (٧٢٧) الحديث العشرون. ومجمع الزوائد (٣/ ٩١).

(٧) ينظر: سنن أبي داود (٣/ ١٤٦) رقم (٢٩٨٠). والنسائي (٢/ ٤٥) رقم (٤٤٣٩). وابن ماجه (٢/ ٩٦١) رقم (٢٨٨١). ومسند أحمد (٤/ ٨١) رقم (١٦٧٨٧). ومسند البزار (٨/ ٣٣٠) رقم (٣٤٠٣). والمعجم الكبير (٢/ ١٤٠) رقم (١٥٩١). وفي الدراية ونصب الراية والحديث في البخاري ليس فيه وشبك بين أصابعه. ونصب الراية (٣/ ٤٢٤) الحديث العاشر. الدراية (٢/ ١٢٦) رقم (٧٢٨).

(٨) في (ب): (موته مدة).

(٩) في (أ): (وقول). (١٠) في (أ): (وبه).

(١١) لم أقف عليه في مختصر الطحاوي. ينظر: الهداية (٢/ ٤٤١).

وقيل: هو الأصح [د١٠٧و]ما روي أن عمر أعطى الفقراء منهم[١].

والإجماع: انعقد على سقوط حق الأغنياء، أما فقرائهم يدخلون في الأصناف الثلاثة. [هـ٢٠٤].

(**ومن دخل دارهم فأغار خمس إلا من لا منعة له**[٢] **ولا إذن**) لأن الخمس إنما[٣]يؤخذ من الغنيمة وهي: مأخوذ من الكفار قهراً، وهذا بالمنعة، فإن لم يكن منعة لكن وجد إذن[٤] الإمام فهو في حكم [ب١٥ظ] المنعة؛ لأنه بالإذن التزم نصرته بالإمداد[٥] فصار كالمنعة.

(**وللإمام**[٦] **أن ينفل وقت [ز١٥١ظ] القتال حثاً، فيقول: من قتل قتيلاً**) سماه قتيلاً لقربه[٧] من[٨] القتل (**فله سلبه**) التنفيل إعطاء الشيء زائد على سهم الغنيمة والتركيب يدل على الزيادة (**أو السرية**) هي قطعة [د١٢٨ظ] من الجيش (**جعلت لكم الربع مثلاً بعد الخمس**) أي بعد ما دفع الخمس جعلت لكم ربع الباقي، أو ثلثه، أو نحو ذلك.

(**لا بعد الإحراز هنا**) أي بدار الإسلام إذ حينئذ يصير ملكاً للغانمين[٩].

(**وسلبه ما معه حتى مركبه وما عليه السلب**) كل[١٠] يثبت يد القاتل [عليه السلب ما يثبت يد القاتل][١١] عليه مما هو عدة[١٢] للقاتل كثيابه وسلاحه وفرسه وكذا خاتمة وسواره ومنطقته[١٣] في الصحيح كذا في "الحقائق"[١٤].

(**وهو للكل إن لم ينفل**) خلافاً للشافعي[١٥]، فإن السلب عنده للقاتل، إذا كان من أهل أن يسهم له الغنيمة، وقد قتله مقبلاً[١٦] بين الصفين على وجه[١٧] المبارزة.

---

(١) ينظر: سنن أبي داود (٣/ ١٤٥) رقم (٢٩٧٨) وسنن النسائي (المجتبى) (٧/ ١٢٩) رقم (٤١٣٤). ونصب الراية (٣/ ٤٢٧) من حديث جبير بن مطعم.

(٢) لفظ (له): لم ترد في (ب، و).

(٣) في (ب): (بما).

(٤) في (ب): (الإذن).

(٥) في (هـ): (بالأمر).

(٦) في (أ): (وللأم).

(٧) في (هـ): (لضربه).

(٨) في (أ): (إلى).

(٩) في (ز): (للغانمين إلا من الخمس).

(١٠) في (ب): (كلها).

(١١) ما بين القوسين: لم ترد في (هـ، و).

(١٢) في (د، هـ، و): (عدة أو زينة).

(١٣) في (أ): (ومنطقة).

(١٤) ينظر: تبيين الحقائق (٣/ ٢٥٩).

(١٥) ينظر: البيان (١٢/ ١٦٠).

(١٦) في (ب، ج): (مقتلاً).

(١٧) لفظ (وجه): لم ترد في (ب).

له قوله ﷺ «من قتل[١] قتيلاً فله سلبه»[٢] ونحن نحمله هذا[٣] على[٤] التنفيل لا على وضع الشرع لما قال (الحبيب بن أبي سلمة)[٥] ليس لك من سلب قتيلك الآن طابت نفس إمامك.

باب استيلاء الكفار

(إذا غلبوا) على مالنا وأحرزوه بدارهم **(أو سبي بعضهم بعضاً وأخذوا مالهم[٦] ملكوه)** شرط الإحراز بالدار[٧] مخصوص بالمسألة الأولى على ما أفصح عنه صاحب "الهداية"[٨] ولذلك قدمها.

وقال الشافعي: لا يملك الكفار مالنا بالاستيلاء والإحراز[٩]؛ لأن النهي عنه[١٠] [ج١٤ظ] الأفعال الحسية يوجب القبح[١١] لعينه والقبح[١٢] لعينه لا يفيد حكماً شرعياً، وهو الملك قلنا: أن الاستيلاء على الأموال ليس منهياً لذاته بل بواسطة العصمة في المحل والعصمة إنما يثبت في حقنا، ولا في حق أهل الحرب، لأنها بالخطاب ولا ثبوت له في حقهم لانقطاع ولاية التبليغ والإلزام، فكان استيلائهم على هذا المال، واستيلائهم على الصيد سواء.

ولو سلم [أ٨٠ظ] أن العصمة ثابتة في حق الجميع، إلا إنها انتهت بانتهاء سببها، وهو الإحراز فإنه باليد، أو بالدار وقد أنهى كلامهما[١٣]، بإحرازهم [ز١٥١و] بدار[١٤] الحرب.

---

(١) لفظ (قتل): لم ترد في (ب، ج).

(٢) الحديث: صحيح البخاري (٤/ ١٥٧٠) رقم (٤٠٦٦)، (٦/ ٢٦٢٢) رقم (٦٧٤٩). وصحيح مسلم (٣/ ١٣٧) و (١٣٧١) رقم (١٧٥١). وموطأ مالك (٢/ ٤٥٤) رقم (٩٧٣). ومسند أحمد (٣/ ١٢٣) رقم (١٢٢٥). ومسند الربيع (١/ ١٨٩) رقم (٤٦٧). وسنن الترمذي (٤/ ١٣١١) رقم (١٥٦٢). وسنن البيهقي (٦/ ٣٠٧) رقم (١٢٥٣٤). ومسند الشافعي (١/ ٢٢٣). وسنن أبي داود (٣/ ٧٠) رقم (٢٧١٧). ومصنف ابن أبي شيبة (٦/ ٤٧٨) رقم (٣٣٠٨٤). والمنتقى لابن جارود (١/ ٢٧٠) رقم (١٠٧٦). صحيح ابن حبان (٨/ ١٠١-١٠٢) رقم (٣٣٠٨). وسنن الدارمي (٢/ ٣٠١) رقم (٢٤٨٤).

(٣) في (أ): (هذه).

(٤) في (أ): (على سبيل).

(٥) في (أل): حبيب بن أبي سلمة.

(٦) (ما لهم): لم ترد في (ب).

(٧) في (هـ): (بالولد).

(٨) ينظر: الهداية (٢/ ٤٤٢).

(٩) ينظر: البيان (١٢/ ١٩٠).

(١٠) في (ج، هـ، و): (عن).

(١١) في (ب): (الصبح).

(١٢) في (ب، ج): (والقبيح).

(١٣) في (د): (كلاهما).

(١٤) في (هـ): (في دار).

وإذا انتهت العصمة سقط[١] النهي فلم يبق الاستيلاء محظوراً فصح[٢] أن يكون سبباً للملك بخلاف إحرازنا، لأن العصمة عن الاسترقاق بالحرية المتأكدة بالإسلام لم تنته بالإمرار الموجود منهم.

(وبعير نادٌ إليهم فأخذوه) لتحقق الاستيلاء إذ لا يد للعجماء [و١٠٨ظ].

(لاضرنا[٣]، ولا مدبرنا[٤]، وأم ولدنا[٥]، ومكاتبنا، وعبدنا فيها) أي في دار الحرب [إنما قال[٦] لأنهم لو أخذوه في دار الإسلام وأحرزوه بدار [و٢٠٥] الحرب][٧] يملكونه إجماعاً.

(آبقا وإن أخذوه) خلافاً لهما[٨] أخذوه ولهما[٩] أن عصمته[١٠] كانت لحق المولى وقد زالت[١١] فصار مباحاً في أيدهم[١٢].

وله: [د١٢٨و] أنه ظهرت[١٣] يده على نفسه بالخروج من دارنا، لأن سقوط اعتباره[١٤] لتحقق[١٥] المولى عليه تمكيناً له من الانتفاع، وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوماً بنفسه، فلم يبق محلاً للملك.

(فلو أبق بمتاع) فأخذهما الكفار **(فشراهما منهم رجل أخذ العبد مجاناً وغيره بالثمن)**، لما مر أنهم لا يملكون العبد الآبق ويملكون متاعنا[١٦].

وقالا: لا يأخذ العبد أيضاً بالثمن.

(ونملك بالغلبة حرهم وما هو ملكهم، ومن وجد منا ماله)[١٧].

في يد الغانمين، أو في يد غيرهم من مصارف الخمس، أو في يد تاجر شرى منهم ولا حاجة إلى أن يقال بعد غلبنا عليهم، لأن الوجدان في يد المذكورين لا يكون إلا بعد ذلك وإنما ترك قيد الوجدان بما ذكر اعتماداً على انفهامه من قوله **(أخذه بلا شيء إن لم يقسم)** أي بين أرباب الحقوق.

---

(١) في (هـ): (أتسقط).
(٢) في (د): (فصلح).
(٣) في (أ): (لا قرنا).
(٤) في (و): (ومدبرنا).
(٥) (وأم ولدنا): لم ترد في (ز).
(٦) في (ز): (قال هذا).
(٧) ما بين القوسين: مكرر في (هـ).
(٨) في (د، هـ): (فيما).
(٩) في (ب): (لهما).
(١٠) في (هـ): (العصمة).
(١١) في (هـ): (فصارت).
(١٢) في (ز): (أيديهم).
(١٣) في (ز): (طهرت).
(١٤) في (أ): (اعتبار).
(١٥) لفظ (يد): لم ترد في (ب).
(١٦) في (هـ): (متا). وفي (ز): (متاعاً).
(١٧) في (ب): (له).

(وإن اشتراه فبيع[١] **ثم كذا)** أي أثر منه[٢] أيضاً فبيع من أخرى.

(فللمشتري[٣] **الأول أخذه من الثاني بثمنه ثم لسيده، وأخذ منه بالثمين**[٤]**، وقبل أخذ الأول لا)**[٥] كيلا يضيع الثمن الذي اعطاه **(ولا يحط بأرش**[٦] **عينه)** أي عين العبد المأسور[٧] شيئاً، أي فقئت[٨] عينه في يد التاجر فأخذ إرشه فالمالك القديم أخذ بكل الثمن [د١٥٢ظ] إن شاء ولا يحط من الثمن شيئاً بإزاء ما أخذه[٩] من الإرش [ج١٤و].

(وعتق عبد[١٠] **مسلم شراه مستأمن هنا، وأدخله دارهم)**هذا عنده.

وقالا: لا يعتق، لأن الإزالة كانت مستحقة بطريق معين، وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبداً وله أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط، وهو تباين الدارين مقام العلة، وهو الإعتاق تخليصاً له كما يقام مضى ثلاث حيض مقام التفريق فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب **(كعبد لهم أسلم ثمة فجاءنا، أو ظهرنا عليهم)**[١١] إنما قال فجاءنا دون فخرج إلينا ليعلم[١٢] ما إذا جاء عسكر المسلمين، وهم في دار[١٣] الحرب.

باب المستأمن[١٤]

هو يشمل مسلماً دخل دار الحرب بأمان، وكافراً[١٥] دخل دار الإسلام بأمان **(لايتعرض تاجرنا ثمة لدمهم، ومالهم، إلا إذا أخذ ملكهم ماله، أو حبسه أو غيره بعلمه، ولم ينهه عنه، وما أخرجه)** أي بطرق التعرض.

---

(١) في (أ): (جميع).
(٢) لفظ (منه): مكرر في (و).
(٣) في (و): (وللمشتري).
(٤) في (ز): (بالثمن).
(٥) عبد أسر من يد زيد فاشتراه عمرو بمئة، ثم أسر من عمرو فاشتراه بكر بمئة، فعمرو يأخذه من بكر بمئة ثم يأخذه زيد من عمرو بمئتين؛ لأنه قام على عمرو بمئتين، ولو لم يأخذه عمرو فليس لزيد أن يأخذه من بكر؛ لأن بكراً اشترى عبداً أسر من عمرو بعدما اشتراه عمرو فلو أخذه زيد من بكر لضاع الثمن الذي أعطاه عمرو فلا يأخذه زيد قبل أخذه عمرو. ينظر: الوقاية ص٤٦٦.
(٦) في (أ): (باشيء).
(٧) في (و): (المأثور).
(٨) في (ب): (افقيت).
(٩) في (ب): (أخذ).
(١٠) (عبد): لم ترد في (ز).
(١١) في (هـ): (علينا).
(١٢) في (أ): (ليقم). وفي (د، ج، هـ، و): (ليعم).
(١٣) في (هـ): (وهم المرتد).
(١٤) (باب المستأمن): لم ترد في (هـ).
(١٥) في (هـ): (أو كافر).

(**ملكه ملكاً [ب١٦ظ] طرقاً**)، لأنه ظفر بمال مباح وإنما كان حراما[١] للعذر.

(**فيتصدق**[٢] **به، وإن أدانه حربي**) [و١٠٨و] دنته [د١٢٩ظ] وأدنته ودينته أقرضته[٣] كذا في "المغرب"[٤].

(**أو أدان**[٥] **حربياً، أو غصب أحدهما من الآخر وجاءا**[٦] **هنا لم يقض لأحد [هـ٢٠٦] بشيء**).

لا ؛ لأنه لا ولاية لنا على المستأمن إذ لا وجه على إطلاقه[٧] بل، لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من افعاله، وإنما التزمه فيما يستقبل في حكم[٨] يباشره في دارنا [أ ٨٦و].

وقال أبو يوسف[٩]: يقضى بالدين على المسلم، دون الغصب، لأنه التزم أحكام الإسلام[١٠] حيث كان.

وأجيب عنه : بأنه امتنع في حق المستأمن امتنع في حق أسلم أيضاً تحقيقاً للتسوية بينهما.

(**وكذا لو فعل ذلك**[١١] **حربيان، وجاءا مستأمنين**) لما ذكرنا (**وإن جاء مسلمين قضي بينهما بالدين**) لوقوع المداينة بتراضيهما والتزامها الاحكام بالإسلام (**لا الغصب**)، [لأن الغاصب][١٢] ملكه.

(**وإن قتل مسلم مستأمن**[١٣] **مثله ثمة عمداً أو خطأ ودي**[١٤] **من ماله، وكفر للخطأ دون العمد**) لأنها لا تجب للعمد عندنا، أما الكفارة والدية في خطأ فلقوله تعالى : ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾[١٥] وإنما يجب في ماله ؛ لأن العاقلة لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها وإنما يجب في العمد في ماله، لأن العواقل[١٦]

---

(١) (حراماً): لم ترد في (هـ). وفي (أ) بدلها : (مباحاً).
(٢) في (أ) : (فيصد).
(٣) (أقرضه) : لم ترد في (هـ).
(٤) ينظر : المغرب (١/ ٣٠١).
(٥) في (ج، هـ، و): (أو أوانه).
(٦) في (أ): (وفاء). وفي (ج): (وجاء آمناً).
(٧) في (هـ): الاطلاق.
(٨) في (هـ، و): (حق حكم).
(٩) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ١١٥).
(١٠) في (أ، ب): (إلى الإسلام).
(١١) (ذلك): لم ترد في (ب، ج، هـ).
(١٢) ما بين القوسين : لم ترد في (هـ).
(١٣) في (ب، ج): (مستأمناً).
(١٤) في (ب) : (أو ذمي).
(١٥) سورة النساء، آية : ٩٢.
(١٦) في (ب، ج): (العاقلة).

لا يعقل العمد والقصاص قد[١] سقط للشبهة فلا بد من[٢] الدية [في الخطأ][٣] صيانة[٤] للدم المعصوم فتعين ذلك أن يكون من ماله.

(وفي الأسيرين كفر فقط في الخطاء) أي لا يجب عليه سوى[٥] الكفارة في الخطأ هذا عنده.

وقالا[٦]: يجب عليه الدية في العمد والخطأ من ماله، لأن العصمة لا تبطل بالأسر كما لا تبطل [ج١٥ظ] بالدخول دارهم بالأمان.

وله أن الأسير صار تبعاً لهم بالقهر فلا يجب بقتله دية كاملة، وهو الحربي بخلاف المستأمن فإنه ليس بمقهور ودليل وجوب الكفارة[٧] مامر من نص الكتاب **(ولا يمكن حربي هنا سنة، ويقال له: إن أقمت هنا سنة أو شهراً)** يعني للإمام أن يؤقت في ذلك مأذون السنة كالشهر والشهرين.

(نضع عليك الجزية، فإن رجع قبل ذلك) جزاء الشرط محذوف أي فيها، أو نحوه **(وإلا)** أي: وإن لم يرجع قبل المدة المضروبة **(فهو ذمي لا يترك أن يرجع كما لو اشترى أرضاً)** أي أرض خراج **(ووضع عليها خراجها)**، لأنه لما التزمه[٨] التزم المقام في دارنا وإنما قال ووضع عليه خراجها، لأنه[٩] لمجرد الشراء لا يصير ذمياً؛ لأنه يشتريها للتجارة **(وعليه جزية [ب١٦و] سنة مستقبلة من وقت[١٠] وضع[١١] [د١٢٩و] الخراج)**.

(أو نكحت حربية ذمياً هنا) لأنها التزمت المقام تبعاً للزوج.

(وفي عكسه لا) إذ يمكن أن يطلق فيرجع بخلاف الأول.

(وإن رجع المستأمن إلى داره حل دمه، فإن أسر، أو ظهر عليهم فقتل؟ سقط دين، ومن كان له على معصوم). أي مسلم أو ذمي و**(أفيء)** أي صار فيئاً.

(وديعة له عنده) أي عند معصوم في دارنا[١٢] **(وإن مات أو قتل بلا غلبة**

---

(١) في (هـ): (وقد).
(٢) في (ب، ج): (عن).
(٣) ما بين القوسين: لم ترد في (ب، هـ، و).
(٤) (صيانة): لم ترد في (و).
(٥) في (ب، ج): (سمى).
(٦) ينظر: الهداية (٢/ ٤٤٥).
(٧) في (أ): (الكفار).
(٨) (التزمه): لم ترد في (ب، هـ).
(٩) في (و): (لأن).
(١٠) في (أ): (من وقت وقت وقت وضع الخراج).
(١١) (وضع): لم ترد في (ب).
(١٢) في (ز): (ديارنا).

عليهم[١] **فهما)** أي الدين [و١٠٩ظ] والوديعة[٢] **(لورثته)**، لأن الأمان باق[٣] في حق[٤] ماله ما لم يقتل بغلبة، أما إذا قتل بها يصير ماله غنيمة[٥].

(حربي هنا له ثمة عرس وأولاد وديعة مع[٦] **معصوم وغيره**[٧]**، فأسلم ثم ظهر**[٨] **عليهم فكله فيء)** أما العرس [ز١٥٣ظ] والأولاد [الكبار فلعدم التبعية، وأما غير ذلك فلأنه ليس في يده، فإسلامه لا يوجب عصمته][٩] والفرع: اسم للمال المصاب[١٠] من الكفار بغير قتال.

(وإن أسلم ثمة فجاء وظهر) أي على الدار **(فطفله حر مسلم، ووديعة مع معصوم له)** أي للحربي[١١] الذي أسلم **(وغيره فيء**[١٢]**، ومن أسلم ثمة وله ورثة)** أي ورثة مسلمون **(هنالك فقتله مسلم فلا شيء عليه إلا كفارة الخطأ)**[١٣] أي كان القتل عمداً فلا تجب شيء وإن[١٤] كان خطأ لا يجب إلا كفارة[١٥].

وعند الشافعي[١٦]: يجب القصاص في[١٧] العمد والدية في[١٨] الخطأ.

(وأخذ الإمام دية مسلم لا ولي له، ومستأمن أسلم[١٩] **هنا من**[٢٠] **عاقلة قاتلة خطأ)** يتعلق[٢١] بالصورتين لا بالثانية فقط.

(وقتل أو أخذ الدية) يعني بطريق الصلح **(في عمد**[٢٢] **ولا يعفو)**، لأن الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر إسقاط حقهم بغير عوض [أ٨٧ظ].

---

(١) في (هـ): (عليه).
(٢) حرف (الواو): مكرر في (و).
(٣) (باق): لم ترد في (أ، ب، هـ، و).
(٤) في (و): (حقوق).
(٥) في (ب): (غنيمة أخرى).
(٦) (مع): لم ترد في (ب، ج).
(٧) (وغيره): مكرر في (هـ).
(٨) في (ب، هـ): (فظهر).
(٩) ما بين القوسين: لم ترد في (هـ).
(١٠) في (هـ): (يؤخذ) بدل المصاب.
(١١) في (ب، ج): (الحربي). وفي (هـ): (الحرب).
(١٢) في (أ): (فجاء).
(١٣) في (و): (إلا الكفارة في الخطأ).
(١٤) في (ج، هـ): (فإن).
(١٥) في (أ، ج): (إلا الكفار). وفي (و): (إلا الكفارة).
(١٦) ينظر: أسنى المطالب (٤/ ١٢).
(١٧) في (ب، ج): (على).
(١٨) في (ب، ج): (على).
(١٩) (أسلم): لم ترد في (و).
(٢٠) (من): لم ترد في (و).
(٢١) في (أ): (متعلق).
(٢٢) في (عمد): لم ترد في (و).

باب الوظائف [أ ٨٧ظ]

أرض العرب [هو ما بين العذيب[١] إلى أقصى حجر باليمن بمهرة[٢] إلى حد الشام **(وما أسلم أهله]**[٣] **أو فتح عنوة، وقسم بين جيشنا والبصرة عشرية والسواد)** هو ما بين العذيب إلى عقبة حلوان[٤]، ومن الثعلبية[٥]، ويقال من العلث[٦] إلى عبادان[٧] [ج١٥و] .**(وما فتح عنوة)** إنما لم يذكر تقدير أهله عليه ليس بشرط في كونها خراجية، وإنما الشرط[٨] عدم قسمتهما بين الغانمين صرح بذلك في "شرح الطحاوي"، ومكة مخصومة من الحكم المذكور.

(أو صالحهم خراجية)[٩] بالإجماع .**(وموات أحيي يعتبر بقربه)** هذا عند أبي يوسف. عند محمد يعتبر بما أحيي به .**(وخراج وضعه عمر بن الخطاب على أرض السواد لكل جريب يبلغه الماء صاع من بر أو شعير ودرهم ولجريب الرطبة**[١٠] **خمسة دراهم، ولجريب الكرم، أو النخل**[١١] **متصلة ضعفها ولما سواه**[١٢] **لزعفران وبستان)** هو لكل[١٣] أرض يحوطها[١٤] حائط [د١٣٠ظ] وفيها نخيل

---

(١) العذيب: تصغير لعذب وهو الماء العذب، وهو ماء بين القادسية أربعة أميال، وهو من منازل حاج الكوفة، وقيل: هو حد السواد. ينظر: معجم البلدان (٤/ ٩٢). والشهاب (٣/ ١٦٤).

(٢) المهرة: قبيلة باليمن تسمى باسم مهرة بن حيدان بن عمرو بن الحاق بن قضاعة تنسب إليهم الإبل المهرية. ينظر: معجم البلدان (٥/ ٢٣٤) واللباب (٤/ ١٣٧) والمصباح (٢/ ٥٨٣).

(٣) ما بين القوسين : لم ترد في (هـ).

(٤) حلوان: اسم بلدة مشهورة بينها وبين بغداد نحو خمس مراحل وهي طرق العراق من الشرق سميت باسم بانيها وهو حلوان بن عمران بن الحارق بن قضاعة. ينظر: معجم ما استعجم (١/ ٤٦٣). ومعجم البلدان (٢/ ٢٩٠) وما بعدها.

(٥) الثعلبية: الثعلبة منزل من منازل البادية بعد العذيب.

(٦) في (هـ): (العلب). والعلث: قرية موقوفة على العلويين وهي أول العراق في شرقي دجلة. ينظر: معجم البلدان (٤/ ١٤٥). ومجمع الأنهر (١/ ٦٧٠).

(٧) عبادان: موضع بقرب البصرة، وقال الخليل: وهو حصن منسوب إلى عباد الحبطي، وقال في المغرب حده طولاً من حديثة الموصل إلى عبادان وعرضاً من العذيب إلى حلوان. ينظر: معجم ما استعجم (٣/ ٩١٦). ومعجم البلدان (٤/ ٧٤). سفرنامة (١/ ١٥١). ومقدمة ابن خلدون (١/ ٦٩). وتحفة النظائر (١/ ٢١٠) والمغرب (١/ ٤٢٠). وفتوح البلدان (١/ ٣٦٢).

(٨) في (هـ): (شراطها).

(٩) (خراجية): لم ترد في (هـ).

(١٠) يعرف بالرطبة: قال العيني هي ابريسم ومثلها البتول. اللباب (٤/ ١٤٠).

(١١) في (هـ): (والنخل).

(١٢) في (أ): (سواء).

(١٣) في (ب، د، و): (لكل).

(١٤) في (هـ) : (يحفظها).

متفرقة وأشجار **(ما يطيق)** الجريب: ستون ذراعاً في ستين[١]، وفي كتب الفقه الذراع[٢] الكرباس[٣] سبع قصبات [وذراع المساحة[٤] سبع قبضات][٥] وأصبع قائم، عند الحساب، الذراع أربع وعشرون أصبعاً، والأصبع ست شعيرات[٦] مضمومة بطون[٧] [ز ١٥٣و] بعضها إلى بعض. **(ونصف الخارج غاية الطاقة ونقص إن لم تطق وظيفتها ولا يزاد إن أطاقت عند أبي يوسف، وجاز[٨] عند محمد)**[٩] هذا في خراج الأصل، وهو الموظف[١٠] يعني ما وضعه عمر.

وأما خراج المقاسمة: وهو أن يقسم الإمام الخارج[١١] بالنصف أو بالثلث[١٢] ونحوها[١٣]، فلا يجوز الزيادة على النصف[١٤] بكل حال ذكره العتابي في زكاة فتاوى.

(ولا خراج لو انقطع الماء عن أرضه، أو غلب [و١١٩و] عليها، أو أصاب الزرع آفة[١٥][١٦] ويجب إن عطلها مالكها، ويبقى إن أسلم المالك، أو

---

(١) الجريب: ٦٠ ذراع، والذراع: ٤٨سم، إذن ٦٠×٤٨×٢=٥٧,٦٠م.

(٢) في (هـ): (ذراع). وفي (هـ، ز): (خداع).

(٣) ذراع الكرباس = ٧ قصبات، والقصبة= ٤ أصابع، والاصبع= ٢سم، إذن ٧×٤×٢=٥٦سم.

(٤) ذراع المساحة=٦٦,٥سم.

(٥) ما بين القوسين: لم يرد في (و).

(٦) الشعيرة= ٠,٣٣٣سم، والأصبع ٦ شعيرات، والذراع ٢٤ إصبع.
(إذن: ٠,٣٣٣×٦ × ٢٤=٤٧,٩٥٢سم. ينظر: رسالة المقادير الشرعية ص١٥٩و٢٠٨.

(٧) (بطون): لم ترد في (ز).

(٨) في (و): وعند محمد جاز.

(٩) يعني لا تجوز الزيادة على ما وظف وإن أطاقت وهو قول أبي يوسف وهو رواية عن أحمد؛ لأن عمر ﷺ (لم يزد لما أخبر بزيادة الطاقة وقال محمد يجوز اعتبار الزيادة بالنقصان، وبه قالت الثلاثة. شرح الكنز (١/ ٢٥٦).

(١٠) خراج الموظفُ: هو الوظيفة المعينة التي توضع على أرض كما وضع عمر ﷺ على سواد العراق. ينظر: التعريفات ص١٠٢ رقم (٨١٥).

(١١) في (أ): (للخارج).

(١٢) في (ب): (أو الثلث).

(١٣) في (أ، ج، د، و): (أو نحوها).

(١٤) (على النصف): لم ترد في (ب، د).

(١٥) (آفة): لم ترد في (هـ)، وبدلها (لأنه يجب).

(١٦) لعدم التمكن من الزراعة كالارض السبخة التي لا تنبت شيئاً أو أصاب الزروع آفة لهلاك أي ربح، وقيل: هذا إذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكنه من أن يزرع الأرض ثانياً واما إذا بقى من المدة مقدار ذلك فلا يسقط المراد بالاصطدام، أيضاً إن ذهب كل الخارج أما إذا ذهب بعضه فإن بقى مقدار الخراج ومثله بأن بقي مقدار درهمين وقفيزين يجب الخراج؛ لأنه لا يزيد على نصف الخارج وإن بقي أقل من ذلك يجب نصفه؛ لأن التنصيف عين الانصاف. ينظر: شرح الكنز (١/ ٢٥٦).

شراها مسلم،[١] **[لاعشر في خراج أرضه]**[٢]) أي أرض الخراج هذا عندنا. وعند الشافعي: يجب[٣].

(ويتكرر العشر بتكرار الخراج) وكذا خراج المقاسمة. وأما خراج الموظف فلا يتكرر.

فصل في الجزية

فصل في الجزية[٤]: هي نوعان، جزية وضعت بالتراضي؛ فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق[٥]. وجزية يبتدئ الإمام وضعها إذا غلبت عليهم وأقرهم[٦] على أملاكهم .**(ما وضعت بصلح**[٧] **لا يتغير وحين غلبوا، أو أقروا على أملاكهم توضع على كتابي ومجوسي ووثني عجمي)** فيه خلاف الشافعي[٨][٩].

[هـ ٢٠٨] **(ظهر غناه)** صنعه لكل واحد من الثلث[١٠] **(لكل سنة ثمانية وأربعون درهماً)** يؤخذ كل شهر أربعة دراهم .**(وعلى المتوسط نصفها وعلى فقير يكسب ربعها)** وعند الشافعي[١١] يوضع على كل حالم[١٢] دينار والفقير والغني سواء .**(لا على وثني عربي، فإن ظهر عليه فعرسه وطلقه فيء ولا على**[١٣] **مرتد)** فإن ظهر على أهل ناحية ارتدوا فنسائهم وصبيانهم فيء.

---

(١) وقد صح أن الصحابة ﷺ اشتروا أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهية. ينظر: الهداية (٢/ ٤٥٠) وما بعدها.

(٢) ما بين القوسين لم يرد في (ب، د). (٣) ينظر: نهاية المحتاج (٣/ ٧٦).

(٤) تعريف الجزية لغة واصطلاحاً.

(٥) كما صالح رسول الله ﷺ أهل نجران على ألف ومائتي حلة.
ينظر: أبو داود في سننه برقم (٣٠٤٢). ونصب الراية (٣/ ٤٤٥).

(٦) في (هـ): (واقر بم).

(٧) لفظ (بصلح): لم ترد في (ب، ج). وفي (و): (بالصلح).

(٨) في (ب، ج): (للشافعي).

(٩) ينظر: البيان (١٢/ ٢٤٩) وما بعدها.

(١٠) في (هـ، و): (الثلثة).

(١١) قال في «البيان»: فإن المستحب للإمام أن لا يخبر الذمي. أنَّ أقل الواجب عليه دينار بمال يمسكه ليزيد عليه، ويجعل الجزية عليهم ثلاث طبقات، وعلى الفقير المعتمل دينار وعلى المتوسط ديناران، وعلى الغني أربعة دنانير. وللمزيد ينظر: البيان (١٢/ ٢٥٥) وما بعدها.

(١٢) في (ب، ج، هـ، و): (حال).

(١٣) لفظ (ولا على): لم ترد في (أ، د، هـ، و).

(ولايقبل منهما) أي من الوثني والمرتد .**(إلا الإسلام أو السيف)** وعند الشافعي[١]: يسترق مشركو[٢] العرب .**(ولا على راهب لا يخالط)**[٣] فأما[٤] الرهبان وأصحاب الصوامع[٥] [ج ٤١٦] مع[٦] الذين[٧] يخالطون الناس.

فقال محمد: كان أبو حنيفة يقول[٨][٩] يوضع عليهم الجزية، إذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول أبي يوسف، قال عمرو بن أبي[١٠] عمر[١١] قلت لمحمد: فما قولك، قال[١٢] القياس ما قاله أبو حنيفة، كذا في شرح القدوري [ب١٧ و ج] للأقطع[١٣]. **(وصبي، وامرأة، ومملوك، وأعمى، وزمن)** وكذا المفلوج[١٤] والشيخ الكبير. [ز ١٥٤ظ]

وعن أبي يوسف: أنه يجب إذا كان ذا مال.

(وفقير لا يكسب) وقد مر خلاف للشافعي[١٥] فيه **(وتسقط بالموت [د ١٣٠و] والإسلام)** خلافاً للشافعي فيهما[١٦] **(ويتداخل بالتكرر)**[١٧] خلافاً لهما وللشافعي[١٨][١٩] **(ولا تحدث بيعة)** هي[٢٠] للنصارى **(وكنيسة)** هي لليهود **(هنا**

---

(١) ينظر: البيان (١٢/ ٢٦٨).
(٢) في (ز): (مشركي).
(٣) في (ز): (لا يخالطون).
(٤) في (أ، ب، ج): (وأما).
(٥) الصوامع: أماكن عبادة وتنسك النصارى.
(٦) لفظ (مع): لم ترد في (ب، ج، هـ، و).
(٧) في (ب، ج): (الذي).
(٨) لفظ (يقول): لم ترد في (هـ).
(٩) ينظر: الهداية (٢/ ٤٥١).
(١٠) في (هـ): (ابن عمر).
(١١) هو عمر بن أبي عمر من أصحاب أبي حنيفة وهو جد أبي عروبة الحيراني. ينظر: أخبار أبي حنيفة للصميري ص١٥٧. وكشف الظنون (٢/ ١١٧٢).
(١٢) لفظ (قال): لم ترد في (ب).
(١٣) لفظ (للأقطع) لم ترد في (أ). (والاقطع) هو للإمام أحمد بن محمد المعروف بأبي نصر الأقطع وهو شرح متن القدوري وقد شرحه في مجلدين، توفي سنة (٤٧٤هـ). ينظر: كشف الظنون (٢/ ١٦٣١).
(١٤) المفلوج: هو داء معروف، يرخي بعض البدن فيرتعش منه صاحبه.
ينظر: العين (٦/ ١٢٧). ولسان العرب (٢/ ٢٤٦). والمصباح المنير (٢/ ٤٨) وغيرها.
(١٥) ينظر: البيان (١٢/ ٢٦٩).
(١٦) ينظر: المصدرالسابق (١٢/ ٢٦٠).
(١٧) وتسقط الجزية إذا تكرر. يراجع: تبيين الحقائق [هـ١٣٠و].
(١٨) في (أ): (خلاف الشافعي فيه).
(١٩) ينظر: البيان (١٢/ ٢٦٠).
(٢٠) (هي): لم ترد في (أ).

ولهم إعادة المنهدمة[١] [أ ٨٧و] **وميّز الذمي منا**[٢] **في زيه**[٣] **ومركبه، وسرجه، وسلاحه، فلا يركب خيلاً ولا يعمل بسلاح ويظهر الكستيج)** هو خيط غليظ بقدر الأصبع من الصوف يشده الذمي على وسطه، وهو غير الزنار[٤] من الإبريسم. **(ويركب على سرج كإكاف**[٥] [٦] **وميزت نسائهم في الطريق، والحمام ويُعلمُ على دورهم لئلا**[٧] **يستغفر لهم، ونقض عهده إن**[٨] **غلب على موضع لحربنا**[٩]**، أو لحق**[١٠] **بدارهم وصار كمرتد في الحكم بموته بلحاقه لكن**[١١] **لو**[١٢] **أسر يسترق، والمرتد**[١٣] **يقتل لا إن**[١٤] **امتنع عن الجزية، أو زنى بمسلمة، أو قتلها، أو سب النبي ﷺ**[١٥] **نسب إلى النبي ﷺ)** لو كان من مسلم حل دمه، ذكره الأقطع

---

(١) من غير زيادة في البناء الأول من الكنائس والبيع القديمة لأنه جرى التوارث من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا بترك البيع بالكنائس، وفيه اشارة إلى إنها لاتهدم القديمة مطلقاً سواء في الأمصار أو في السواد وعمل الناس على هذا.
وقد ذكر محمد في "العشر والخراج" إنها تهدم في أمصار المسلمين، وفي "الإجارات" لا تهدم فيها، وهو الأصح، والمراد بالقديمة ما كانت قبل فتح الإمام بلدتهم ومصالحتهم على إقرارهم على بلدتهم وأراضيهم والأوْلَى أن لا يصالحهم عليها. ينظر: مجمع الأنهر (١/ ٦٨١).

(٢) (منا): لم ترد في (هـ، و، ز).

(٣) في (ب، ج، هـ): (ذيه). الهيئة: أي يميز من الرداء والعمامة وسائر اللباس. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٦٨٣).

(٤) الزنار: هو خيط غليظ بقدر الأصبع من الإبريسم يشد على الوسط وهو غير الكستيج يلبسه الذمي ويشده على وسطه. ينظر: البحر الرائق (٥/ ١٢٣). ولسان العرب (٤/ ٣٣٠). ومختار الصحاح (١/ ١١٦). والتعريفات ص١١٨ رقم (٩٣٠).

(٥) في (هـ): (بالحاف).

(٦) الإكاف: وهو البرذعة. ينظر: شرح الكنز (١/ ٢٥٨).

(٧) في (ب، ج، و): (كيلاً).

(٨) في (أ): (أو).

(٩) في (ج): (لحربياً).

(١٠) في (أ): (والحق).

(١١) في (هـ، و): (لكنه).

(١٢) (لو): لم ترد في (ب).

(١٣) في (ب): (أو المرتد).

(١٤) (إن): لم ترد في (هـ).

(١٥) مسألة سب النبي ﷺ يا عائشة لا تكوني فاحشة. (أتى النبي ﷺ ناس من اليهود فقالوا: السام عليك يا أبا القاسم، قال: وعليكم، قالت عائشة رضي الله عنها: بل وعليكم السام والذام، فقال رسول الله ﷺ: يا عائشة... الحديث). قال صاحب المحيط في عقد الذمة من كتاب السير: وهذا سب للنبي ويقتله لأن شتم النبي كفر منه، والكفر المقارن لم يمنع عقد الذمة، فالقاري لا يدفع بطريق الأولى، ومنه دليل على (أن الذمي لا يقتل بسب النبي كما هو مذهب أبي حنيفة على ما مر).
قال الإمام القرطبي في تفسيره (٨/ ٨٣) (قال أكثر العلماء على أن سب النبي من أهل الذمة أو =

في "شرح القدوري". وعند الشافعي[١] هو نقض العهد .(**ويؤخذ من مال بالغي[٢] التغلبي**) لم يقل وتغلبية[٣]، لأنه[٤] أراد بالتغلبي ذلك الجبل ذكراً كان أو أنثى (**ضعف زكاتنا ومن مولاه الجزية والخراج**) خلافاً لزفر فإنه يقول[٥]: يؤخذ منه ضعف زكاتنا وهو الخمس في الأراضي[٦] ونصف العشر في غيرها.

[و ١١٠ظ] فيما يجب فيه الزكاة (**كمولى[٧] القريشي**) فإنه[٨] يؤخذ منه الجزية والخراج، فقوله ﷺ: «مولى القوم منهم»[٩] إنما يعمل به حرمة الصدقة فيجعل مولى[١٠] الهاشمي[١١] في هذا الحكم؛ لأن الحرمات تثبت بالشبهات.

(**ومصرف الجزية والخراج، ومال التغلبي وهديتهم للإمام وما أخذ منهم بلا حرب[١٢] مصالحنا كسد ثغور وبناء قنطرة[١٣] وجسر**) القنطرة: ما تكون مركباً، والجسر خلافه مثل ما يسد السفن[١٤]. (**وكفاية العلماء والقضاة، والعمال[١٥]**)،

= عرض أو استخف بقدره أو وصفه بغير الوجه الذي كفر به فإنه يقتل، فإنا لم نعطه الذمة أو العهد على هذا إلا أبا حنيفة والثوري وأتباعهما من أهل الكوفة فإنهم قالوا: لا يقتل ما هو عليه من الشرك أعظم، ولكن يؤدب ويعزر). إلى هنا كلامه، والحق أنه يقتل عندنا فإذا أعلن بشتمه صرح بذلك في كتاب السير من الذخيرة حيث قال: واستدل أيضاً - يعني محمد- في السير الكبير لبيان لما روي أن عمر بن عدي لما سمع عصماء بنت مروان تؤذي النبي ﷺ فقتلها ليلاً مدحه رسول الله ﷺ. ينظر: شرح الأحاديث الأربعين لابن الكمال محفوظ[ز١٥٤ظ].

(١) ينظر: نهاية المحتاج (٨/ ٩٨) وما بعدها.
(٢) لفظ (بالغي): لم ترد في (و).
(٣) لفظ (الواو): لم ترد في (أ). وفي (هـ): (وجبلية).
(٤) لفظ (لأنه): لم ترد في (و).
(٥) (يقول): لم ترد في (هـ).
(٦) في (ب): (الأرض).
(٧) في (هـ): (المولى).
(٨) في (هـ): (فانه يقول).
(٩) الحديث: ينظر: "مسند الإمام أحمد" (٤/ ٣٤٠)رقم (١٩٠١٣). وسنن النسائي "المجتبى" (٥/ ١٠٧) رقم (٢٦١٢). السنن الكبرى (٢/ ٥٨) رقم (٢٣٩٤). وسنن الدارمي (٢/ ٣١٧) رقم (٢٥٢٧). والترمذي (٣/ ٤٦) رقم (٦٥٧). وسنن أبي داود (٢/ ١٢٣) رقم (١٦٥٠). ومصنف ابن أبي شيبة (٧/ ٣٦٨) رقم (٣٦٧٦) وغيرها.
(١٠) في (ب، ج): (المولى).
(١١) في (أ، ز): (كالهاشمي).
(١٢) في (هـ): (يصرف).
(١٣) القنطرة: الجسر، وما ارتفع من البنيان، وقال الأزهري: هو أزج يبنى بالآجر أو بالحجارة على أن يعبر عليه. ينظر: المغرب (٢/ ١٨٥). واللسان (٥/ ١١٨) والقاموس (٨١٧).
(١٤) في (ب، ج): (ما يشد على السفن).
(١٥) العمال: جمع عامل، وهو الذي يعمل للمسلمين مثل الساعي الذي يجمع الزكاة والعشور ويدخل فيه كل من يعمل في مصالح المسلمين كالكتاب عند القضاة وشهود القسامة والرقباء على =

ورزق المقاتلة وذراريهم، ومن مات في نصف السنة حرم من العطاء) لأنه صلة فلا يملك القبض ويسقط بالموت وأهل العطاء في زماننا القاضي والمفتي والمدرس.

باب المرتد

(من ارتد [هـ٢٠٩] - والعياذ بالله - عرض عليه الإسلام، وكشف شبهته، وإن استمهل حبس ثلاثة أيام، فإن تاب) جزاء الشرط محذوف وهو فيها [ج١٦و] أي فبالخصلة الحسنة[1] أخذ .**(وإلا قتل وهي)** أي[2] **(بالتبري عن كل دين سوى الإسلام، أو عما انتقل إليه وقتله قبل العرض ترك [ب ١٨ظ] ندبها بلا ضمان)** لأن الكفر مبيح والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب.

وعن الشافعي:[3] أنه يجب أم يمهله [ج ١٣١ظ] الإمام ثلاثة أيام، ولا يحل قتله قبل ذلك .**(ويزول ملكه عن ماله موقوفاً)** زوالاً[4] مراعى[5].

وقالا[6]: لا يزول ملكه[7]. **(فإن أسلم عاد وإن مات، أو قتل، أو لحق بدارهم وحكم به يعتق مدبره، وأم ولده وحل دين عليه)** لأنه في حكم الميت والدين المؤجل يصير حالاً بموت المديون.

وعند الشافعي[8]: يبقى موقوفاً كما كان.

(وكسب إسلامه لوارثه المسلم) إن لم يستصحبه عند لحوقه[9] بدار الحرب.

(وكسب ردته فيء) هذا عنده.

= السواحل. ينظر: شرح الكنز (١/ ٢٥٩).

(١) في (ب): (فبالخصلة الحميدة).

(٢) (أي): لم ترد في (و).

(٣) قال في البيان (١٢/ ٤٧): وفي قدر مدة الاستتابة قولان، سواء قلنا: أنها مستحبة أو واجبة.
أحدها: يستتاب ثلاثة أيام، وذلك لأن الاستتابة تراد لزوال الشبهة، فقدر ذلك بثلاث، لأنها آخر حد القلة وأول حد الكثرة.
والثاني: يستتاب في الحال فإن تاب وإلا قتل، وهو الذي نصره الشافعي رحمه الله تعالى؛ لأنه استتابه فلم يتقدر بالثلاث كاستتابة الحربي. وقال علي رضي الله عنه وأرضاه: (يستتاب شهراً).
وقال الزهوي ﷺ: يستتاب ثلاث مرات في حالة واحدة".
وقال الثوري ﷺ يستتاب أبداً، ويحبس إلى أن يتوب أو يموت".

(٤) في (ب، هـ): (زوال).

(٥) في (هـ): (الأمراعي).

(٦) كلمة (وقالا): لم ترد في (و).

(٧) ينظر: الهداية (٢/ ٤٥٨).

(٨) وللمزيد ينظر: الأم (٦/ ١٦٢). والبيان (١٢/ ٥٣) وما بعدها. والمهذب (٢/ ٢٢٣).

(٩) في (ب، ج): (لحوق).

وقالا:[١] فيما إذا قتل أو مات كلاهما لوارثه المسلم.

وقال الشافعي[٢]: كلاهما فيء.

(وقضي دين كل حال من[٣] كسب[٤] تلك) الحال، وقالا يقضى ديونه من الكسبين. **(وبطل نكاحه، وذبحه وصح طلاقه واستيلاده، وتوقف مفاوضته، وبيعه وشراؤه، وهبته واجارته، وتدبيره، وكتابته، ووصيته، إن أسلم نفذ، وإن مات أو قتل أو لحق وحكم به بطل)** أعلم أن تصرفات المرتد على[٥] أقسام:

١-نافذ[٦] بالاتفاق: كالاستيلاء والطلاق؛ لأنه لا يفتقره إلى حقيقة الملك وتمام الولاية.

٢-وباطل بالاتفاق: كالنكاح والذبح؛ لأنه يعتمد الملة ولا ملة له.

٣-وموقوف بالاتفاق: كالمفاوضة؛ لأنها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم.

٤-ومختلف في توقفه[٧]: وهو باقي ما ذكر فإنه موقوف عنده، ونافذ[٨] عندهما.

(وإن جاء[٩] مسلماً قبل الحكم فكأنه لم يرتد، وإن جاء بعده وماله مع [أ ١١٨ظ] **ورثته أخذه ولا تقتل مرتدة)**. خلافاً للشافعي[١٠].

(وتحبس حتى تسلم وصح تصرفها وكسبها لورثتها[١١] فإن ولدت أمته فادعاه فهو ابنه حراً[١٢] يرثه في المسلمة [ز ١٥٥ظ] **مطلقاً)**، أي[١٣] سواء كان بين الارتداد والولادة أقل **(من سنة)**[١٤] أو ستة أشهر، أو أكثر؛ لأن الولد يتبع

---

(١) ينظر: الهداية (٢/ ٤٥٨).

(٢) ينظر: الأم (١٦٢). والبيان (١٢/ ٥٧) وما بعدها.

(٣) (من): لم ترد في (ب، ج).

(٤) في (ب، ج): (كسبه).

(٥) (على): لم ترد في (ب، ج).

(٦) في (هـ، و): (تأخذ).

(٧) في (هـ): (توقيفه).

(٨) في (هـ): (ويأخذ).

(٩) في (هـ): (جاءت).

(١٠) ينظر: الهداية (٢/ ٤٦٠). والأم (٦/ ١٦٧-١٦٨). والبيان (١٢/ ٥٣) وما بعدها.

(١١) في (ب): (وكسبها لهما لورثته). وفي (ج): (وكسبها لهما).

(١٢) (حرا): لم ترد في (هـ).

(١٣) (أي): لم ترد في (هـ).

(١٤) ما بين القوسين لم ترد في (أ، د، و). وفي (هـ): (أقل من ستة أشهر).

المسلم من أبويه فيتبع الأم فيكون مسلماً والمسلم [و ١١٠و] يرث المرتد .(**إن مات أو لحق بدارهم وكذا في النصرانية إلا إذا جاءت به**[١] **لنصف**[٢] **حول أو أكثر منذ ارتد**)؛ لأن الولد يتبع[٣] الأب[٤][٥] لأن الأب يجبر على الإسلام فيكون أقرب إلى الإسلام من الأم فصار في حكم المرتد [والمرتد لا يرث[٦]][٧]، وإنما قال: لنصف حول أو أكثر، لأنه إذا ولدته لأقل منه تيقناً بوجوده عند الردة فيكون مسلماً تبعاً لأبيه، بخلاف ما إذا جاءت به لستة أشهر، أو أكثر ذكره في "التبيين"[٨].

(**وإن لحق**) أي[٩] بدار الحرب .(**بماله فظهر**[١٠] **فهو فيء**) [ج ١٧ ظ] يعني ليس لورثته عليه سبيل، لأن ملكهم فيه غير ثابت حيث لحقها معه [د ١٣١و] ابتداء فسقطت عصمته باللحاق، وكذا عصمة ماله؛ لأنه تبع للنفس.

(**وإن رجع**) [يعني بعدما لحق بها بلا مال وحكم به.

(**فلحق مرة أخرى بماله فظهر عليه فهو لورثته قبل قسمته**)][١١] يعني بين الغانمين لأنه لما لحق بدار الحرب وحكم به ملكته الورثة [هـ ٢١٠] فللمالك القديم أن يأخذ ماله قبل القسمة بغير شيء.

(**وإن قضي بعبد مرتد**[١٢] **لحق لابنه**) أي: قضي لابنه .(**فكاتبه فجاء مسلماً فبدلها والولاء للأب**) لأن الكتابة وقعت جائزة والابن خليفة للأب، فإذا جاء الأب مسلماً صار الابن كالوكيل من الأب فالبدل له والعتق واقع عنه.

(**ومن قتله مرتد**[١٣] **خطأ فلحق، أو قتل فديته في كسب الإسلام**) لأن الدية لا تكون على العاقلة عند عدم النصرة فتكون في ماله فعنده تكون في كسب الإسلام؛ لأن كسب الردة فيء. وعندهما في الكسبين[١٤].

---

(١) (به): لم ترد في (أ، د، هـ، و، ز).

(٢) في (ب): (نصف).

(٣) (يتبع): لم ترد في (ج).

(٤) في (ب): (للأب).

(٥) في (و): (لأن الولد يتبع الابن).

(٦) ما بين القوسين: لم ترد في (هـ).

(٧) في (و، ز): (والمرتد لا يرث المرتد).

(٨) ينظر: تبيين الحقائق (٣/ ٢٨٨)، وما بعدها.

(٩) في (أ): (قطر).

(١٠) ما بين القوسين: لم ترد في (أ).

(١١) في (أ، (ب، د): (لا حق).

(١٢) في (هـ، و): (لمرتد).

(١٣) في (ب): (مرتداً).

(١٤) في (أ): (الكبيرة).

(ومن قطع يده عمداً فارتد - والعياذ بالله - ومات منه[١] **أو لحق)** أي لحق بدار الحرب قضي به .**(بدار الحرب**[٢] **فجاء مسلماً فمات ضمن القاطع نصف الدية في ماله لوارثه)** لأن القطع حل محلاً معصوماً والسراية حلت محلاً غير معصوم، فاعتبر لا[٣] السراية فيجب نصف الدية وإنما يجب في ماله؛ لأن العهد [ز ١٥٥و] لا يتحمله العاقلة وإنما لا يجب[٤] القصاص لوجود الشبهة وهو الارتداد.

(وإن أسلم هنا فمات) أي من ذلك القطع .**(ضمن كلها)** لكونه معصوماً وقت القطع وكذا وقت السراية هذا عندهما. وقال محمد وزفر: يجب النصف هنا؛ لأن الارتداد هدر السراية[٥] فلا ينقلب بالإسلام إلى الضمان[٦].

(مكاتب ارتد فلحق فأخذ ماله فقتل فبدله لسيده، وما بقي لوارثه.

زوجان ارتدا فلحقا[٧] **فولدت هي ثم الولد فظهر عليهم فالولدان فيء والأول يجبر على الإسلام لا ولده)** وفي رواية الحسن يجبر ولد الولد أيضاً، وهذا على بناء أن ولد الولد يتبع الجد في الإسلام في ظاهر الرواية، ويتبعه في رواية الحسن.

(وصح ارتداد صبي يعقل، وإسلامه ويجبر عليه ولا قتل إن أبى) هذا عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف: ارتداده ليس[٨] بارتداد وإسلامه إسلامه ذكره في الهداية[٩].

وعند زفر وهو قول الشافعي [و ١١١ظ]: لا يصح ارتداده ولا إسلامه[١٠].

ولأبي حنيفة ومحمد: أن علياً أسلم في صباه وصحح النبي ﷺ إسلامه وافتخاره بذلك مشهور، قال:

سبقتكم على الإسلام [و١٣٢ظ] طراً غلاماً ما بلغت أوان حلمي[١١]

---

(١) في (و): (عنه).

(٢) (بدار الحرب): لم ترد في (هـ، و).

(٣) في (و): (فاعتبر هدر القطع).

(٤) في (ب): (يجب).

(٥) (هدر السراية): لم ترد في (ب).

(٦) ينظر: الهداية (٢/ ٤٦١).

(٧) في (أ): (فلحقان). وفي (هـ): (فلحق).

(٨) (ليس): لم ترد في (ب).

(٩) ينظر: الهداية (٢/ ٤٦٢).

(١٠) ينظر: المصدر السابق. والبيان (١٢/ ٥٨) وما بعدها.

(١١) اختلفت الروايات في إسلام سيدنا علي ﷺ، فقد أخرج البخاري في تأريخه أنه أسلم وهو ابن ثمان سنين. والحاكم في المستدرك عدة روايات عن إسلامه ﷺ، وعنده أسلم وهو ابن عشر =

باب البغاة

البغاة: (**قوم مسلمون خرجوا عن طاعة الإمام دعاهم إلى العود وكشف [ح١٧و] شبهتهم فإن تحيزوا**) أي: اتخذوا حيزا، وقيل أي إن تحازوا[١] يعني مالوا إلى فئة من المسلمين ليستعينوا فليس بذلك، إذ لا دلالة فيما ذكر عليه، ولا هو شرط ها هنا .(**مجتمعين حل لنا قتالهم بدءاً**) هكذا[٢] ذكر شيخ الإسلام[٣] خواهرزادة[٤]، وهو المذهب عندنا [أ ٨٨و]، وذكر القدوري[٥] في "المختصر" لايبدؤهم بقتال، وهو قول الشافعي[٦]، لأنه لا يجوز قتل المسلم إلا دفعاً[٧] وهم مسلمون.

ولنا: أن الحكم يدار على دليلة وهو تعسكرهم واجتماعهم فإن صبر الإمام إلى أن يبدأوا بما لا يمكن دفع شرهم[٨].

(**ويجهز على جريحهم**) يقال: أجهزت الريح إذا سرعت قتله، وفيه أيضاً خلاف الشافعي[٩] [هـ ٢١١] .(و[١٠]**تتبع موليهم أن لهم فئة**) وفيه أيضاً خلاف الشافعي[١١] (**وإلا فلا**) أي: إن لم يكن لهم فئة لا نجهز على جريحهم ولا نتبع

= سنين. ينظر: يراجع تاريخ البخاري- المستدرك (٣/ ١٢٠) الارقام (٤٥٨٠-٤٥٨٣). ونصب الراية (٣/ ٤٥٩) الحديث الثالث. والدراية (٢/ ١٣٧-١٣٨) رقم (٧٤٥).والتحقيق في أحاديث الخلاف (٢/ ٢٣٤-٢٣٥)رقم (١٦٤٥). وتلخيص الحبير (٣/ ٨٧-٨٨)رقم (١٣٤٠).

(١) في (أ، ب، ج): (أي جازوا).

(٢) في (و): (وكذا).

(٣) كان العرف على شيخ الإسلام يطلق على من تصدر للإفتاء، وحل المشكلات فيما شجر بينهم من النزاع والخصام من الفقهاء العظام والفضلاء وقد اشتهر بها أخيار المئة الخامسة والسادسة أعلام منهم: شيخ الإسلام أبو الحسن علي السغدي، وشيخ الإسلام علي بن محمد بن إسماعيل بن علي أحمد الإسبيجابي السمرقندي وغيرهم. ينظر: طبقات الحنفية (١/ ٣٧٥) رقم (٨٩١) والفوائد البهية ص (٢٤١).

(٤) هو: محمد بن الحسين بن محمد البخاري، من علماء ما وراء النهر، ولقب خواهر زادة يعني: ابن أخت عالم، وقيل: لفظ يطلق على أعز الناس لقصد التعظيم، بمصنفاته المختصر، والتجنيس، والمبسوط، وشرح الجامع الكبير، وشرح مختصر القدوري. ينظر: شرح أدب القاضي للخصاف (٣/ ١١٥) وكشف الظنون (٢/ ٥٨٠) والفوائد البهية (ص١٦٣- وما بعدها).

(٥) ينظر: مختصر القدوري ص١٤٩.

(٦) ينظر: مغني المحتاج (٤/ ١٢٣).

(٧) في (ج): (إلا رفعاً).

(٨) وإذا بلغه، أي الإمام أنهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعاً للشر بقدر الامكان. ينظر: الهداية (٢/ ٤٦٣).

(٩) ينظر: مغني المحتاج (٤/ ١٢٧).

(١٠) حرف (الواو): مكرر في (هـ).

(١١) ينظر: مغني المحتاج (٤/ ١٢٧).

موليهم؛ [لأن قتلهم [ز ١٥٦ظ] كان لدفع شرهم وقد اندفع بدونهم[١] فلا يقتل لكونه مسلماً ولا تسبى ذريتهم][٢] ونحبس مالهم إلى أن يتوبوا ويستعمل سلاحهم وخيلهم عند الحاجة خلافاً للشافعي[٣].

(ولا يجب شيء بقتل باغ مثله إن ظهر عليهم) إذ لا ولاية للإمام عليه[٤] حالة القتل، ولم[٥] يوجب ولم ينقلب موجباً بعده.

(وإن غلبوا على مصر فقتل [من أهله آخر منه عمداً فظهر عليهم][٦] قتل[٧] به) هذا إذا لم يجر على أهل المصر أحكامهم بل أزعجهم الإمام العدل قبل ذلك عنه؛ لأن ولاية الإمام العدل لا ينقطع قبل أن يجري أحكامهم فيجب القصاص، وبعد الاجراء ينقطع فلا يجب .**(وباغ قتل عادلاً مدعياً حقّيته مصراً عليه)** أي قال: كنت على الحق، وانا الآن عليه، قال في "غاية البيان": شرط الإرث أن يكون مصراً[٨] على دعواه، فإذا رجع[٩] فقد[١٠] بطلت ديانته فلا ارث.

(يرثه[١١] كعكسه) أي[١٢] وكما يرث العادل الباغي .**(فإن أقرّ أنه[١٣] على باطل لا)** هذا عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف[١٤]: لا يرث الباغي العادل سواء ادعى حقيته أو أقر أنه على الباطل.

وقال الشافعي[١٥]: لا يرث القاتل أيضاً كذا في "التبيين"[١٦]. وفي "الهداية": أن قوله كقول أبي يوسف.

(وبيع السلاح من رجل إن علم أنه من أهل الفتنة كره وإلا فلا) (والله أعلم)[١٧].

---

(١) في (و): (بدونه).
(٢) ما بين القوسين: لم ترد في (أ).
(٣) ينظر: مغني المحتاج (٤/ ١٢٧).
(٤) في (أ، ج، د، هـ، و): (عليهم).
(٥) في (أ، د، هـ، و): (فلم).
(٦) ما بين القوسين: لم ترد في (هـ).
(٧) في (هـ): (القتال).
(٨) في (ب، ج): (مقراً).
(٩) في (أ): (يرجع).
(١٠) (قد): لم ترد في (هـ).
(١١) في (ب): (يرث).
(١٢) (أي): لم ترد في (ب).
(١٣) في (ب، ج): (أقر به).
(١٤) ينظر: الهداية (٢/ ٤٦٤).
(١٥) ينظر: تبيين الحقائق (٣/ ٢٩٥) وما بعدها. والهداية (٢/ ٤٦٤).
(١٦) في (ب): (والهداية).
(١٧) الزيادة، من (أ، ج).

كتاب اللقيط

اللقيط: هو[1] في الشرع، اسم لحي مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة، أو[2] فراراً[3] عن[4] تهمة[5] [د ١٣٢و] الزنية مضيعه[6] آثم و[7]محرزه غانم، وإنما سمي لقيطاً باعتبار مآله لا لاستصلاح حاله، كذا في "المبسوط"[8].

(رفعه أحب وإن خيف هلاكه) أي غلب على ظنه ضياعه.

(يجب كاللقطة) هذا على وفق ما في "الهداية"[9] [و١١١و]، وفي البدائع[10]، أما حالة الندب فهي أن يخاف عليه الضيعة لو تركها [ج١٨ظ]، وأما حالة الإباحة فهي أن لا يخاف عليها الضيعة، فيأخذها لصاحبها هذا عندنا.

قال الشافعي[11]: إذا خاف عليها الضيعة يجب أخذها، وإن لم يخف يستحب أخذها.

(وهو حر إلا بحجة رقه ونفقته وجنايته [ز١٥٦ و] في بيت المال وارثه له ولا يؤخذ من آخذه ونسبه ممن ادعاه ولو رجلين حرين مسلمين) لابد من هذين الشرطين عندنا خلافاً للشافعي[12] وتفصيل[13] ذلك يطلب من "شرح القدوري" للأقطع[14].

(أو ممن يصف منهما علامة به) أي كائنة به في نفس المرة فلا حاجة إلى ذكر قيد الصدق[15].

---

(١) (هو): لم ترد في (ز).

(٢) (أو): لم ترد في (أ).

(٣) في (أ): (افراراً).

(٤) في (أ، هـ، و): (من).

(٥) في (أ، هـ): (التهمة).

(٦) في (ج): (مطيقة مسلمة).

(٧) (الواو): لم ترد في (أ، ج، د).

(٨) ينظر: المبسوط (١٠/ ٢٠٩).

(٩) ينظر: الهداية (٢/ ٤٦٦).

(١٠) ينظر: البدائع (٥/ ٢٩١).

(١١) ينظر: المهذب (١/ ٤٣٤). والوسيط (٤/ ٣١٨).

(١٢) ينظر: المهذب (١/ ٤٣٤). والوسيط (٤/ ٣١٨).

(١٣) في (أ، و، هـ، و، ز): (والتفصيل).

(١٤) ينظر: القدوري: هو أبو نصر أحمد بن محمد بن محمد الأقطع درس الفقه على أبي الحسين القدوري حتى برع فيه، شرح مختصر القدوري مات سنة (٤٧٤هـ). ينظر: تاج التراجم ص٩ وما بعدها.وطبقات الفقهاء ص ٩٠.

(١٥) ينظر: مختصر الطحاوي ص١٤١.

قال في "شرح الطحاوي": إن ادعى رجلان نسبه فأيهما أقام البينة يقضى له، ولو أقاما جميعاً يقضي لهما، وإن لم يقيما البينة غير أن أحدهما وصف علامة في جسده فأصاب والآخر لم يصف فإنه يجعل ابن الوصف ولو لم يصف واحد بينهما جميعاً .(**أو عبداً**) عطف على قوله ولو رجلين .(**وكان حراً**) أي: إن كان المدعي عبداً يثبت نسبه منه ولكن اللقيط يكون حراً؛ لأن الأصل في دار الإسلام الحرية.

(**أو ذمياً**[١] **وكان مسلماً إن**[٢] **لم يوجد في مقرهم**) أي في مقر [هـ٢١٢] الذميين، لم يقل إن لم يكن؛ لأن العبرة لعدم الوجدان فيه لانعدام كونه فيه وقت الدعوة.

(**أو ذمياً**) أي كان ذمياً .(**إن وجد فيه، الواجد ذمي**) إنما قال هذا؛ لأن العبرة [أ ٨٩ظ] هنا للواجدان لا للمدعي وهذا ظاهر في الهداية[٣]؛ وإن خفي على من قال ذمياً إن وجد فيه. أعلم أن المسألة على أربعة أوجه:

أحدها: أن يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد فيكون مسلماً.

ثانيها: أن يجده كافر في مكان الكفار[٤] كالبيعة فيكون كافراً.

ثالثها: أن يجده مسلم في مكان الكفار.

رابعها: أن يجده الكافر[٥] في مكان المسلمين، وفي هاتين الصورتين[٦] اختلفت الرواية: ففي كتاب اللقيط من "المبسوط"[٧] اعتبر المكان لسبقه، وفي بعض نسخ كتاب الدعوى منه اعتبر الواجد [وهي رواية ابن سماعة عن محمد لقوة اليد. وفي بعض][٨][٩] نسخه [د ١٣٢ظ] اعتبر الإسلام، يعني أيهما كان موجباً لإسلامه يعتبر ذلك نظراً للصغير.

(**وما شد عليه صرف إليه بأمر قاض، وقيل بدونه وللملتقط قبض هبته وتسليمته في صرفه لا إنكاحه، وتصرف ماله ولا إجارته في الأصح**). احترز به ورواية القدوري [ز ١٥٧ظ] في "مختصره"[١٠].

---

(١) في (ز): (وذمياً).

(٢) (إن): ساقط في (ب، ج).

(٣) ينظر: الهداية (٢/ ٤٦٧).

(٤) في (أ): (الكافر). وفي (هـ): (الكافرين).

(٥) في (د، هـ، و): (كافر).

(٦) (الصورتين): لم ترد في (ب).

(٧) ينظر: المبسوط (١٠/ ١٢٥).

(٨) ما بين القوسين: لم ترد في (هـ).

(٩) وفي رواية لمحمد بن سماعة يحكم على اللقيط من خلال زيه وسماته). ينظر: المبسوط (١٠/ ١٢٥).

(١٠) وإن وجد مع اللقيط مالٌ مشدود عليه فهو له، ولا يجوز تزويج الملتقط، ولا تصرفه في مال اللقيط. ينظر: اللباب (٢/ ٢٠٦) وما بعدها. ومختصر القدوري ص٨٠.

كتاب اللقطة

اللقطة[١]: بضم اللام وفتح القاف، وهي ما يوجد ضائعاً فيلتقط من اللقطة وهو أخذ الشيء من الأرض .**(وهي أمانة أن أشهد على أخذه[٢] ليرده على ربها)** والاستشهاد أن يقول: من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه عليَّ[٣] **(وإلا)** أي إن لم يشهد أنه أخذ للرد.

(ضمن إن جحد المالك أخذه[٤] للرد) هذا عندهما. وعند أبي يوسف: لا يضمن بل القول قوله في أنه [هـ١١٢ظ] أخذه للرد وقيل[٥] الخلاف فيما [ج ١٨و] إذا ترك الإشهاد ومع التمكن[٦] منه أما[٧] عند عدمه بأن لم يجد من يشهد، أو خاف أن يأخذه منه ظالم لا يكون ضامناً ذكره في "المبسوط"[٨].

(وعرفها في مكان وجدها) أي ينبغي أن يعرفها في الموضع الذي لقاها فيه. **(وفي المجامع)**[٩] فإن ذلك أقرب إلى الوصول إلى صاحبها، وعن "الحلواني[١٠]" أنه يكفيه الإشهاد أنه يأخذها[١١] ليردها على صاحبها ويكون ذلك تعريفاً، وهو المذكور في "السير".

(مدة لا تطلب بعدها في الصحيح) اختلفوا في مدة التعريف، والصحيح أنها غير[١٢] مقدرة بمدة معلومة، بل هي مفوضة إلى رأي الملتقط فيعرفها إلى أن يغلب على ظنه أنها لا تطلب بعد ذلك، وقدرها محمد في "الأصل" با[١٣]لحول من غير

---

(١) في (أ): (كتاب اللقيطة).

(٢) في (هـ): (أخذها). وفي (ج): (أخذه).

(٣) في (أ): (علناً).

(٤) في (هـ): (وإن أخذه).

(٥) في (ج، د، هـ): (قيل).

(٦) في (هـ): (التمكين).

(٧) أما): لم ترد في (ب، ج).

(٨) ينظر: المبسوط (١١/ ١٢).

(٩) في (أ، د، هـ، و): (الجامع).

(١٠) هو عبد العزيز بن أحمد بن نصر بن صالح الحلواني البخاري، تفقه على يد الحسين بن علي النسفي، من تصانيفه "المبسوط" وكتاب "النوادر" و"شرح أدب القاضي للخصاف" و "شرح الجامع الكبير" (ت٤٥٦هـ). ينظر: هدية العارفين (٥/ ٥٧٧). والفوائد البهية ص٩٥ وما بعدها.

(١١) في (هـ): (بأنه أخذها).

(١٢) (غير): لم ترد في (أ).

(١٣) (با): مكرر في (أ).

تفصيل بين القليل والكثير[١]، وهو قول مالك والشافعي[٢].

(سواء أخذت من الحل[٣] **أو الحرام)** وقال الشافعي[٤]: لقطة الحرام يجب تعريفها إلى أن يجيء صاحبها .**(وما لا يبقى)** كالأطعمة المعدة للأكل وبعض الثمار .**(أي أن يخاف فساده ثم [ينتفع بها فقيراً وإلا)** أي[٥] وإن لم يكن فقيراً تصدق[٦].

وعند الشافعي[٧]: يجوز[٨] أن ينتفع بها وإن كان غنياً، ولو على أصله وفرعه وعرسه ولم يقل إن كانوا فقراء لانفهامه من قوله[٩] تصدق فإنه لا يكون إلا على الفقير][١٠] أو أمسكها رجاء الظفر بصاحبها، وهذا فيما لا يخاف فساده.

(فإن جاء ربها وأجازه فله أجرهُ) أي ثواب التصدق[١١] **(أو**[١٢] **ضمن الآخذ والمسكين)**[١٣] إن هلك في يده وإن كان قائماً أخذه ذكره في[١٤] [هـ٢١٣] "الهداية"[١٥].

(كما في بهيمة وجدت) لا فرق عندنا في اللقطة [ز ١٥٧و] بين أن يكون بهيمة أو غيرها[١٦]، وعند مالك [د ١٣٣و] والشافعي[١٧]: إذا وجد بعيراً أو بقرة أو

---

(١) هو: كتاب في فروع الحنفية للإمام المجتهد محمد بن الحسن الشيباني المتوفى سنة (١٨٩هـ) والمسمى (المبسوط) سماه الأصل؛ لأنه صنفه أولاً وأملاه على أصحابه، رواه عنه الجوزجاني وغيره، ثم صنف الجامع الصغير ثم الكبير، ثم الزيادات والسير الكبير، وهذه هي المراد بالأصول، وظاهر الرواية في الكتب الحنفية. ينظر: كشف الظنون (١/ ١٠٧). والفوائد البهية ص٢٠٣.

(٢) ينظر: المدونة (٦/ ١٧٣). وكفاية الطالب (٢/ ٣٦٣). والشرح الصغير (٤/ ١٧٠). والأم (٤/ ٦٦). والمهذب (١/ ٤٢٩). والاقناع (٢/ ٣٧١). ومغني المحتاج (٢/ ٤١٢).

(٣) في (أ): (الحمل).

(٤) ينظر: الأم (٤/ ٦٩). والمهذب (١/ ٤٣٠).مغني المحتاج (٢/ ٤١٧).

(٥) (أي): لم ترد في (ب، د، و).

(٦) في (أ): (يصدق).

(٧) ينظر: حاشية قليوي وعميرة (٣/ ١١٦). والمهذب (١/ ٤٢٩).

(٨) في (هـ): (لا يجوز).

(٩) في (ب): (قبوله).

(١٠) ما بين القوسين: لم ترد في (أ).

(١١) في (ب): (الصدق). ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٥).

(١٢) في (ب، د): (وضمن).

(١٣) في (ب): (الممسك).

(١٤) (في): مكرر في (هـ).

(١٥) ينظر: الهداية (٢/ ٤٦٩).

(١٦) في (أ): (وغيره).

(١٧) ينظر: الذخيرة (٩/ ٨٩). والشرح الصغير (٤/ ١٧٦). وكفاية الطالب (٢/ ٣٦٧) وغيرها. وحاشية الدسوقي (٤/ ١٢٤) وقليوي وعميرة (٣/ ١٢٥). وحاشية البجيرمي (٣/ ٢٢٥).

فرساً في الصحراء فالترك أفضل.

(وما أنفق عليها بلا إذن حاكم تبرع، وبإذنه دين على ربها[١]**، وأجر القاضي في ما له منفعة وأنفق عليها منه)** كالضال فإن قلت: ما الفرق[٢] بين الآبق والضال حتى جاز إجارة الثاني[٣] دون الأول.

قلت: لأن في إجارة الآبق تعريضاً له على الإباق بخلاف الضال فإنه لا يأبق غالباً، كذا في "غاية البيان"[٤].

(وما لا منفعة له إذن بالانفاق عليها[٥]**، وشرط [ب ٢٠و] الرجوع إلى ربها في الأصح إن كان)** أي: بالإنفاق وشرط الرجوع .**(أصلح**[٦] **وإلا باعها، وأمر**[٧] **بحفظ ثمنها)** احتراز بقوله في الأصح عن رواية أخرى وهي أن[٨] الأمر بالإنفاق يكفي في ولاية الرجوع على صاحبها .**(وللمنفق [أ ٨٩و] حبسها لأخذ نفقته فإن هلكت بعد حبسه سقطت)** أي النفقة لأنها بالحبس صارت كالرهن وهو مضمون بالدين على هذا وفق ما في "الهداية"[٩].

وذكر في "الينابيع"[١٠]: أنه حينئذ[١١] لا تسقط النفقة عند علمائنا الثلاثة خلافاً لزفر.

وفي "التقريب" لأبي الحسن القدوري[١٢]، قال[١٣] [ج١٩ظ] أصحابنا: لو

---

(١) في (ب): (ما مر بها).
(٢) في (أ، ج): (ما الفرق).
(٣) في (ب، ج): (الثانية).
(٤) ينظر: أمير كاتب بن أمير عمر العميد بن العميد أمير غازي أبو حنيفة الفارابي الاتقاني ولي تدريس مشهد الإمام بظاهر بغداد وقدم دمشق مرتين، صنف شرح الهداية وسماه "غاية البيان ونادرة الأقران في آخر الزمان" ولد باتقان سنة (٦٨٥هـ) وتوفي سنة (٧٥٨هـ). ينظر: تاج التراجم ص١٨ وما بعدها. وطبقات الفقهاء ص١٢٦ ومابعدها.
(٥) (عليها): لم ترد في (هـ):
(٦) يأمر بالإنفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها فإذا لم يظهر أمر ببيعها. ينظر: الهداية (٢/ ٤٦٩).
(٧) في (ب، ج، و): (وأخذ).
(٨) (إن): لم ترد في (ب، ج).
(٩) ينظر: الهداية (٢/ ٤٧٠).
(١٠) الينابيع في معرفة الأصول والتفاريع في شرح القدوري، مجلد للشيخ أبي عبد الله محمد بن رمضان الرومي، وهو شرح للمبتدئ. ينظر: كشف الظنون (٢/ ١٦٣٣). وطبقات الحنفية (١/ ٥٣) رقم (١٧٥).
(١١) (حينئذٍ): لم ترد في (ب، و).
(١٢) التقريب: التقريب في الفروع وهو للإمام أبي الحسن أحمد بن محمد القدوري الحنفي (ت٤٢٨هـ) وهو مجرد من الدلائل ثم صنف ثانياً فذكر المسائل بأدلتها. ينظر: تاج التراجم ص٧. كشف الظنون (٢/ ٤٦٦).
(١٣) في (و): (وقال).

أنفق على اللقطة بأمر القاضي وحبسها بالنفقة فهلكت لم[١] تسقط النفقة خلافاً لزفر؛ لأنها دين غير بدل عن يمين، ولا عن عمل منه فيها ولا تناولها عقد يوجب الضمان.

(وقبله لا) أي: إن هلكت قبل الحبس لا تسقط النفقة[٢] [و١١٣و].

(وإن بيّن مدعيها علامتها حل الدفع [ولا يجب بلا حجة) وقال الشافعي ومالك[٣]: إذا بين العلامة يجب الدفع.

(وينتفع بها فقيراً وإلا تصدق) أي لم يكن فقيراً تصدق، وعند الشافعي[٤]: بجواز أن ينتفع بها وإن كان غنياً.

(ولو على أصله وفرعه وعرسه) لم يقل إن كانوا فقراء لانفهامه من قوله تصدق فإنه لا يكون إلا على الفقير][٥].

---

(١) في (هـ): (لا). (٢) (النفقة): لم ترد في (أ).

(٣) ينظر: التنبيه (١/ ١٣٢). وحاشية البجيرمي (٣/ ٢٥٩). ومغني المحتاج (٢/ ٤١٥). والمدونة (٦/ ١٧٤). والذخيرة (٩/ ١١٧). وشرح الزرقاني (٤/ ٦٥). والتاج والاكليل (٦/ ٤٠٥).

(٤) ينظر: الشافعي، منهاج الطالبين (١/ ٨٣). ومغني المحتاج (٢/ ٤١٥).

(٥) ما بين القوسين: لم ترد في (ب، ج، د، هـ، و).

كتاب الآبق

الآبق[1]، الإباق: انطلاق الرقيق تمرداً .(**ندب أخذه لمن قوي عليه وترك الضال**[2] **أحب**) لأنه لا يختفى عن[3] مالكه وهو يطلبه فيجده[4]، ولا كذلك الآبق (**ولراده**) أي: راد[5] الآبق.(**قناً، أو مدبراً أو أم ولد من مدة سفراً أربعون درهماً، وإن لم يعدلها**) أي: لم يكن [قيمتها أربعون[6] درهماً هذا قول أبي يوسف[7].

وقال محمد: إن كانت قيمته أقل من] أربعين[8] درهماً يقضي به بقيمته [ز ١٥٨ظ] إلا درهما[9]. (**إن شهد أنه أخذه للرد**) وقال الشافعي[10]: لا يجب شيء بلا شرط (**ومن أقل منها بقسطه وإن أبق منه**) أي من الذي أخذه للرد.

(**لم يضمن وإن لم يشهد فلا شيء له وضمن أن أبق منه**) خلافاً لأبي يوسف فإن الإشهاد ليس[11] بشرط عنده، فلا يضمن ويستحق الجعل إذا رده.

(**وعلى المرتد جعل رهنه**) [د١٣٤ظ] هذا إذا كانت قيمته مثل الدين، أو أقل منه، وإن كانت أكثر فيقدر الدين عليه والباقي على الراهن.

---

(١) الآبق: هو المملوك الذي يفر من مالكه قصداً. ينظر: التعريفات ص١٢ رقم (٩).

(٢) الضّال: المملوك الذي ضل الطريق إلى منزله من غير قصد، وإنما كان تركه أحب؛ لأنه لا يبرح من مكانه فيأخذه، وإن عرف الواجد أين مالكه فالأفضل أن يوصله. ينظر: التعريفات ص٨٩.

(٣) (عن): لم ترد في (أ). وفي (د، هـ، و): (على).

(٤) في (و): (ويجده).

(٥) في (و): (ولراده).

(٦) في (ز): (قيمة أربعين درهماً).

(٧) فإن طالت المدة ولم يجئ له طالب باعه القاضي وأخذ ثمنه يحفظه على صاحبه؛ لأن ذلك حفظ له معنى، فإن باعه وأخذ البائع ثمنه ثم جاء انسان وأقام البينة أنه عبده ودفع الثمن إليه وليس له أن ينقض البيع؛ لأن البيع من القاضي صدر عن ولاية شرعية؛ لأنه من باب حفظ ماله إذ لو لم يبع لأتت النفقة على جميع قيمته فيضيع المكان فكان بيعه حفظاً له من حيث المعنى والقاضي يملك مال الغائب، ولهذا يبيع ما يتسارع إليه الفساد، ولو زعم المدعي أنه قد كان دبره أو كاتبه لم يصدق في نقض البيع لما قلنا وينفق القاضي عليه في مدة حبسه إياه من بيت المال ثم إذا جاء صاحبه أخذه من أصحابه أو من ثمنه إن باعه؛ لأن الإنفاق عليه إحياء ماله فيكون عليه. ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٠١).

(٨) ما بين القوسين: لم ترد في (أ).

(٩) ينظر: الهداية (١/ ٢/ ٤٧٢).

(١٠) ينظر: روضة الطالبين (٥/ ٢٧٥).

(١١) في (و): (ليست).

كتاب المفقود

(وهو) في اصطلاح الفقهاء (**غائب لم**[1] **يدر أثره**) أي خبره، فلا يدري حياته وموته .(**حيٌ في حق**[2] **نفسه فلا تنكح**[3] **عرسه**) وقال مالك[4]: إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبين أمرأته [تعد عدة الوفاة، ثم يتزوج من شاء.

(**ولا يقسم ماله ولا تفسخ إجارته ويقيم القاضي**][5] **من يقبض حقه، ويحفظ ماله ويبيع ما يخاف فساده وينفق على ولده وأبويه** [ب ٢١ظ] **وعرسه موقوف على الحكم في حق الغير**) لم يقل ميت في حق غيره إذ يأباه[6] التفريع الآتي ذكره وأيضاً لا يقع المعلق على موته فيتوقف قسطه من مال مورثه [هـ٢١٤] إلى تسعين سنة اختلف في المدة[7]، وظاهر الرواية، أنه يقدر بموت الأقران، وقيل: الأرفق أن يقدر بتسعين سنة وعليه الفتوى ذكره في "الكافي"، وإنما كان أرفق؛ لأنه[8] أقل المقادير المعنية والتفحص في حال الأقران، أنهم ماتوا أو لا غير[9] ممكن أو فيه حرج.

(**فإن ظهر حياً فله ذلك**) لم يذكر حال ظهوره ميتاً لظهور الحال فيه (**وبعدها**) أي بعد المدة.

(**يحكم بموته حالة يوم تمت العدة فيعتد عرسه للموت، ويقسم ماله بين من**

---

(١) (لم): لم ترد في (ب). (٢) (حق): لم ترد في (هـ).

(٣) في (د، هـ): (فلا تبين).

(٤) ينظر: المدونة (٢/ ٤٥٠). والشرح الصغير (٢/ ٦٩٤). وبلغة السالك لأقرب المسالك (١/ ٥٠٥).

(٥) ما بين القوسين: لم ترد في (هـ).

(٦) في (ج): (إذ ياء باه).

(٧) اختلفوا في المدة، فقد روى الحسن ﷺ عن أبي حنيفة ﷺ أنه قدره بمائة وعشرين سنة من وقت ولادته، وعن أبي يوسف ﷺ مائة سنة. وقيل: تسعين سنة، وفي ظاهر الرواية مقدر بموت الأقران في بلده. والمختار: أنه يفوض إلى رأي الإمام؛ لأنه يختلف باختلاف البلاد والطبائع. وفي "فتاوى الولوالجي" قال بعضهم: هو مفوض إلى رأي القاضي، يعني أي وقت رأى المصلحة حكم بموته، وقال الصدر الشهيد وعليه الفتوى، وقال في "الهداية" أن لا يقدر شيء والأرفق أن يقدر بتسعين سنة. ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٩). والهداية (٢/ ٤٧٦). وشرح الكنز (١/ ٢٧٠). والاختيار (٣/ ٤٦).

(٨) في (و): (لأن). (٩) في (ب، ج): (ولا غير).

يرثه الآن، وفي ذلك مال غيره من حين فقد فيرد ما [ج١٢١و] **وقف له إلى من يرث الغير عند موته)** وذلك أن حياته بالاستصحاب[١] فإن[٢] علمنا حياته فيستحصب ذلك ما لم يظهر خلافه واستصحاب الحال يصح[٣] لإبقاء ما كان على ما كان لإثبات ما لم يكن ثابتاً، وفي الامتناع عن قسمة ماله بين ورثته إبقاء ما كان [ز ١٥٨و] [على ما كان][٤]، وفي توريثه من الغير إثبات[٥] أمر لم يكن ثابتاً له؛ ولأن حياته باعتبار الظاهر وهو يصلح حجة لدفع [أ ٩٠ظ] الاستحقاق[٦] فلا يستحق به ميراث غيره، ويدفع استحقاق ورثته لما له كذا في "المبسوط"[٧].

(والله أعلم)[٨].

---

(١) الاستصحاب: هو عبارة عن ابقاء ما كان على ما كان لعدم الدليل المزيل له، وهو يصلح عندنا حجة للدفع لا للاستحقاق فلهذا اعتبر المفقود حياً في ماله وميتاً في مال غيره حتى لا يرث منه أحد ولا يرث المفقود من أحد بل يوقف نصيبه، فإن مضت المدة أو علم موته يرد الموقوف لأجله إلى وارث مورثه الذي ورث من ماله .

(٢) في (د، هـ، ز): (فأنا).

(٣) (يصح): لم ترد في (ب، ج).

(٤) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).

(٥) (إثبات): لم ترد في (هـ).

(٦) في (د، هـ): (ولا للاستحقاق).

(٧) ينظر: المبسوط (١١/ ٣٤) وما بعدها.

(٨) الزيادة، من (أ).

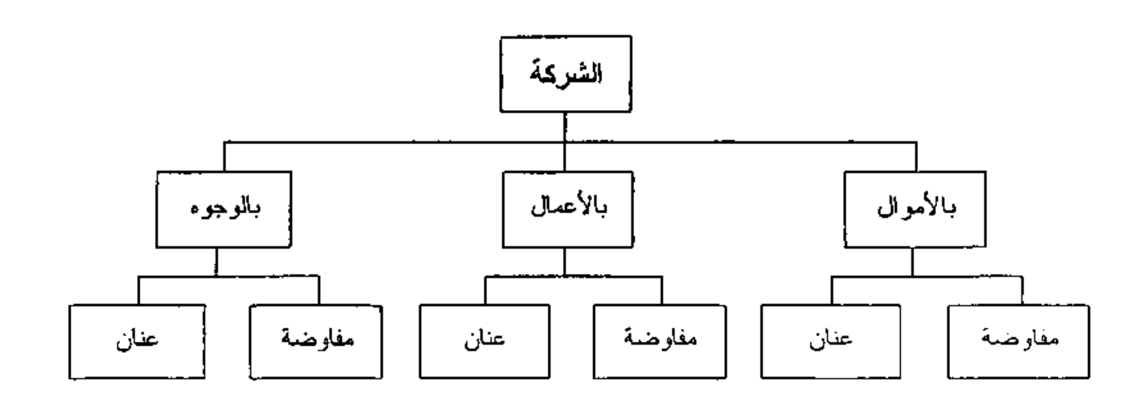
كتاب الشركة

الشركة: هي الخلطة[1] فسمى العقد شركة وإن لم يوجد في خلط[2] **(وهي ضربان: شركة ملك، وهي أن يملك اثنان فصاعداً عيناً)** بأي سبب كان **(وكلٌ كأجنبي)** أي كالذي [و١١٤ظ] لا شركة إلا شركة **(في ما لصاحبه)**[3].

(وشركة عقد، وركنها الإيجاب والقبول، وشرطها كون المعقود عليه قابلاً للوكالة وعدم ما يقطعها كشرط دراهم مسماة من الربح لأحدهما) فإن هذا يقطع الشركة لاحتمال أن لا يبقى بعد[4] هذه [د١٣٤و] الدراهم المسماة[5] ربح يشتركان فيه. **(وهي أربعة أوجه)** هذا على وفق ما في "الهداية"، ويرد عليه أن المفهوم منه أن لا يكون[6] شركة الصنائع والوجوه مفاوضة ولا عناناً، وليس كذلك فالوجه في التقسيم ما ذكره الطحاوي والكرخي واختاره[7] صاحب "البدائع"[8] إنها على ثلاثة أوجه:

شركة بالأموال، وشركة بالأعمال، وشركة بالوجوه.

فكل منها على وجهين مفاوضة وعنان.



---

(١) في (هـ، و): (والخلطة).
(٢) في (هـ، ز، و): (الخلطة).
(٣) في (و): (مال صاحب).
(٤) في (و): (وضمن).
(٥) (المسماة): لم ترد في (هـ).
(٦) في (ب): (يكون).
(٧) في (هـ): (واختار).
(٨) ينظر: مختصر الطحاوي ص١٠٦ وما بعدها. وبدائع الصنائع (٥/ ٧٣) وما بعدها.

(مفاوضة[١]**: وهي شركة متساويين في المال)** يعني المال الذي يصح فيه الشركة ولا بأس بزيادة[٢] مال[٣] لا يجري[٤] فيه الشركة **(والتصرف)** يعني الكفالة من جهته والوكالة لا مطلق التصرف إذ لا بأس في أن يكون بيع أحدهما، أو شراؤه [ب٢١و] أكثر من الآخر[٥]، وهذا أي التساوي في التصرف يستلزم التساوي في الدين؛ لأن الاختلاف في الدين يؤدي إلى الاختلاف في التصرف، فإن الكافر إذا اشترى خمراً او خنزيراً لا يقدر المسلم أن يبيعه وكالة من جهته فيفوت شرط التساوي في التصرف، ولهذا لم يذكر المصنف التساوي في الدين اكتفاءً بذكر التساوي في التصرف، وهذا تصرف دقيق ولا يهتدي إلى أمثاله إلا من[٦] دريه في هذا الفن.

(فلا تصح إلا بين متحدين حرية وحلماً وملة) [ز ١٥٩ظ] أي لابد أن يكونا حرين بالغين ملتهما واحدة، فلا [هـ٢١٥] تصح بين مسلم وكافر، وتصح بين مسلمين وبين[٧] كافرين، وإن كان أحدهما مجوسياً فإن الكفر ملة واحدة وهذا[٨] عندهما [ج٢٠و]. وعند أبي يوسف: الاتحاد ملة ليس بشرط.

وعند الشافعي[٩]: لا تجوز المفاوضة أصلاً.

وقال مالك[١٠]: لا أدري ما المفاوضة.

(ولا تنعقد إلا بلفظها) أي: بلفظ المفاوضة .**(أو ببيان كل ما يقتضيه)** وهذا لأن المعتبر هو المعنى.

(وتتضمن الوكالة والكفالة) فكل[١١] منهما وكيل الآخر وكفيله فإذا اشترى أحدهما فللبائع مطالبة الثمن وأخذه من الآخر.

(ومشترى كل لهما، إلا طعام أهله وكسوتهم وكذا طعام نفسه وكسوته) وهذا ظاهر مما ذكر بطريق الدلالة .**(وكل دين لزم أحدهما بما يصح فيه الشركة كالشراء والبيع والاستئجار)** احترز بالقيد المذكور عما يلزم بسبب لا يصح فيه الشركة

---

(١) في (هـ، و): (مفاوضة وعنان).
(٢) (بزيادة): لم ترد في (ب، ج).
(٣) (مال): لم ترد في (هـ).
(٤) في (ب، ج): (يجري).
(٥) في (د، هـ): (الاخرى).
(٦) (لم): لم ترد في (ب، ج، د). وفي (هـ، و): (إلا من له).
(٧) (وبين): لم ترد في (ب، ج).
(٨) ينظر: الهداية (٣/ ٦).
(٩) ينظر: الأم (٣/ ٢٣١). والمهذب (١/ ٣٤٦). وفتح الوهاب (١/ ٣٦٩).
(١٠) ينظر: المدونة (٥/ ٦٨).
(١١) في (أ): (كل).

كالجنابة والنكاح والخلع والصلح عن دم عمد، أو عن النفقة.

(أو بكفالة بأمر[١] **ضمنه الآخر)** خلافاً لهما .**(وبغير أمر لا، هو الصحيح)** أي إذا لزم أحدهما دين بسبب الكفالة من[٢] غير أمر المكفول عنه [د١٣٥ظ] فالصحيح أن هذا الدين لا يضمنه الشريك الآخر .**(وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلتها)** أي بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف، كذا في «التبيين»[٣].

(وإن ورث أحدهما [و١١٣و]**، أو وهب له ما يصح فيه الشركة وقبض)** أي الموهوب .**(صارت عناناً)** أي ينقلب إليها.

(وفي العرض والعقار بقيت مفاوضة) أي إن ملك أحدهما سواء كان بالإرث أو بالهبة عرضاً أو عقاراً بقيت[٤] مفاوضة؛ لأن مال الشركة [أ ٩٠و] لم يزد.

(وعناناً[٥]**: وهي شركة في كل تجارة، أو في نوع ولا يتضمن الكفالة وتصح ببعض ماله ومع فضل مال أحدهما وتساوي ماليها لا الربح)** أي تصح بأن يشترط[٦] أن يكون المال مساوياً، ولا يكون الربح مساوياً خلافاً لزفر [ب ٢٢ظ] والشافعي[٧].

(وكون مال أحدهما دراهم والآخر دنانير، وبلا خلط) خلافاً لهما ها هنا أيضاً.

(وكل مطالب بثمن مشرية لا غير) [ز ١٥٩و] لعدم تضمن الكفالة **(ثم رجع إلى شريكه بحصته منه إن أداه من ماله ولا تصحان إلا بالنقدين والفلوس النافقة)** قالوا: هذا قول محمد. وأما عندهما: فلا تجوز الشركة والمضاربة أيضاً بها[٨].

(والتبر والنقرة أن تعامل الناس بهما) التبر: ذهب غير مضروب، والنقرة: فضة[٩] غير مضروبة. وقال مالك[١٠]: يجوز بالعروض والمكيل والموزون أيضاً

---

(١) في (ب، ج): (أمر).
(٢) (من): لم ترد في (ب، و).
(٣) ينظر: تبيين الحقائق (٣/ ٣١٥).
(٤) في (أ): (بقى).
(٥) في (أ، ب): (وعناناً). وفي (ز): (عنان).
(٦) في (ب، هـ): (شرط).
(٧) ينظر: الهداية (٣/ ١٠). وفتح الوهاب (١/ ٣٦٩) وما بعدها. وشرح ابن رسلان (١/ ٢٠٦). وروضة الطالبين (٤/ ٢٧٨). والاقناع (٢/ ٣١٧).
(٨) المصدر السابق.
(٩) (فضة): لم ترد في (ب).
(١٠) ينظر: كفاية الطالب (٢/ ٢٦٧). والكافي (١/ ٣٩١). والشرح الصغير (٣/ ٤٥٨).

إذا اتحد الجنس .(**بالعرض**[١] **بعد أن باع كل نصف عرضه بنصف عرض الآخر وعقد الشركة**) وهذا[٢]، لأنه بالبيع صار شركة ملك حتى لا يجوز لوأحد منها أن يتصرف في نصيب الآخر ثم بالعقد بعد ذلك صار شركة عقد فجاز لكل منهما أن يتصرف في نصيب صاحبه، وهذه حيلة لمن أراد [ج ٢٠و] الشركة في العروض؛ لأنه بذلك يصير نصف مال لكل واحد منهما مضموناً على صاحبه بالثمن فيكون الربح الحاصل[٣]من المالين ربح ما يضمن فيجوز [بخلاف ما إذا لم يبيعا وتأويله أنه إذا كانت قيمة متاعهما على السواء ولو كان بينهما][٤] تفاوت بيع صاحب [هـ٢١٦] الأقل بقدر ما يثبت[٥] به الشركة.

(**وهلاك مالها أو مال أحدهما**) أي هلاك مال الشركة، أو مال أحد الشريكين.

(**قبل الشراء يبطلها وهو**) أي الهلاك .(**على صاحبه قبل الخلط هلك في يده أو في يد الآخر وبعده**) أي بعد (**الخلط عليها فإن هلك مال أحدهما**) أي قبل أن يشتري شيئاً .(**بعد شراء الآخر بماله فمشرية لهما ورجع على الآخر بحصته من ثمنه**) أي رجع المشتري على الذي هلك ماله بحصته من الثمن؛ لأن الشراء قد وقع لهما فلا يتغير بهلاك المال.

(**وإن** [د ١٣٥و] **هلك قبل شراء الآخر إن وكله**[٦] **حين الشركة صريحاً فمشرية لهما شركة ملك ورجع بحصته ثمنه**) أي أن يشترط أحدهما شيئاً وهلك ماله ثم اشترى الآخر بماله إن صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشتري مشترك[٧] بينهما على ما شرطا، لأن[٨] الشركة إن بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركاً بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن .(**وإلا فله**)[٩] أي إن ذكر مجرد الشركة [ز ١٦٠ظ] ولم[١٠] ينصا على الوكالة فيهما كان المشتري للذي اشتراه خاصة؛ لأن الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تتضمنها الشركة، فإذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما إذا صرحا بالوكالة لأنها حينئذٍ مقصورة [و ١١٤ظ].

---

(١) في (أ): (والعرض).
(٢) (وهذا): لم ترد في (هـ).
(٣) (الحاصل): لم ترد في (ب، ج).
(٤) ما بين القوسين، لم يرد في (ب، ج).
(٥) في (أ، ج): (ما شئت).
(٦) في (ب، ج): (وكل).
(٧) (مشترك): لم ترد في (أ، ب).
(٨) في (و) : (ان).
(٩) في (ب): (وإلا فلا).
(١٠) في (ز): (وإن لم).

(**ولكل من شريكي مفاوضة وعنان أن يبضع**[1]**ويودع ويضارب**) أي يدفع المال مضاربة[2] (**ويوكل**) يعني أجنبياً[3] بالبيع والشراء .(**والمال في يده أمانة**) أي في يد الوكيل؛ لأنه قبض المال بإذن [ب ٢٢و] المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة.

(**وشركة الصنائع والتقبل**) هذا هو الوجه الثالث من الشركة.

(**وهي أن يشترك صانعان كخياطين أو خياط وصباغ ويتقبلا**[4] **العمل لأجر بينهما، صحت وإن شرطا العمل نصفين والأجر أثلاثاً**) وعند الشافعي: لا يجوز [أ٩١ظ] هذه الشركة. وعند زفر[5]: لا يجوز إلا عند اتحاد العمل، ذكره في المنظومة وشرحه[6][7].

(**ولزم كلاً عمل قبله أحدهما فيطالب بالعمل ويطالب بالأجر**) أي يطلب كل منهما بأجر العمل سواء كان العامل إياه[8] أو شريكه .(**ويبرأ الدافع بالدفع إليه**) أي يبرء المستعمل بدفع الأجرة إلى أحدهما .(**والكسب بينهما وإن عمل أحدهما فقط، وشركة الوجوه**) هذه رابع الوجوه من الشركة .(**وهي أن يشتركا بلا مال ليشتريا بوجههما**) أي: ليشتريا بلا نقد الثمن بسبب[9] وجاهتهما ويبيعا فما حصل بالبيع يدفعان منه ما وجب عليهما بالشراء [ج٢١ظ] وما فضل يكون بينهما، وهذه الشركة لا تجوز عند الشافعي[10]. (**وتصح مفاوضته**) إذا نصبا[11] على المفاوضة، أو ذكرا جميع ما تقتضيه المساواة[12]، واجتمعت فيها شرائطها.

(**ومطلقها عنان وكل وكيل الآخر في الشراء**)[13] يعني صورة الإطلاق، أما في

---

(١) يبضع: أي يدفع المال للآخر ليعمل فيه على أن يكون الربح لرب المال ولا شيء للعامل.

(٢) في (ب، ج): (المضاربة). (٣) في (ب، ج): (الاجنبي).

(٤) في (ب، ج): (وتقبلا).

(٥) ينظر: روضة الطالبين (٤/ ٢٧٩). وفتح الوهاب (١/ ٣٦٩). ونهاية المزني (١/ ٢٥٦).

(٦) ينظر: الهداية (٣/ ١١).

(٧) شرح المنظومة: وهي لنجم الدين عمر بن محمد النسفي الشهير بعلامة سمرقند وهو صاحب الفتاوى النسفية التي أجاب فيها عن جميع ما سئل عنه في أيامه دون ما جمعه لغيره (ت٥٣٧هـ). ينظر: كشف الظنون (٢/ ١٢٣٠). والفوائد البهية ص١٤٩ وما بعدها.

(٨) في (أ): (وهو). وفي (ز): (اباه). (٩) في (ب، (ج): (سبب).

(١٠) الإقناع (١/ ١٠٨). وروضة الطالبين (٤/ ٢٨٠). وفتح الوهاب (١/ ٣٦٩).

(١١) في (ب): (فضيا). (١٢) في (ب، ج): (المفاوضة).

(١٣) في (أ): (المشتراء).

صورة الأولى فكل.

(وكيل الآخر كفيله [وإن شرطا][١] **[هـ٢١٧] منا صفة المشتري أو مثالثة فالربح كذلك وبطل شرط الفضل)** لأن الربح لا يستحق إلا بالعمل كالمضارب أو بالمال كرب المال، أو بالضمان كالاستاذ الذي يتقبل العمل [ز ١٦٠و] من الناس[٢] ويلقيه على التلميذ بأقل مما أخذ فيطيب له الفضل بالضمان ولا يستحق بغيرها واستحقاق الربح في **(شركة الوجوه)**[٣] بالضمان، وهو[٤] يقدر الملك في المشتري فكان الربح الزائد[٥] عليه ربح ما لم يضمن، وهو غير جائز، وفي المضاربة جاز على خلاف القياس، وشركة الوجوه ليست في معناها، إذ لا يعمل في مال معين وتعينه هو المجوز في المضاربة ألا ترى أن المال لما كان معيناً في نير شركة الوجوه جاز فيه أيضاً اشتراط التفاضل بشرط العمل، **[(كذا في التبيين]**[٦]**)**[٧].

فصل في الشركة الفاسدة[٨]

(ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد وما حصل لكل ولو بمعاونة[٩] **الآخر)** مثل أن يقلع[١٠] أحدهما ويجمع الآخر .**(فله)** خاصة .**(وللآخر أجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد ولا يزداد على نصف ثمنه عند [ب٣٢ظ] أبي يوسف)** وما أخذاه معاً فلهما نصفين .**(ولا في الاستسقاء**[١١] **بأن كان لأحدهما بغل)** وللآخر راوية[١٢] واستقى[١٣] أحدهما **(والكسب للعامل وعليه أجر مثل ما للآخر**[١٤]، **والربح في الشركة الفاسدة)** إذا شرط في الشركة دراهم مسماة من [و١١٤و] الربح لأحدهما فإنه[١٥] رحمه الله يفسد الشركة.

(على قدر المال) حتى لو كان المال نصفين وشرطا[١٦] [في الربح أثلاثاً

(١) عبارة (وإن شرطا): مكررة في (ج).
(٢) في (ب، ج): (بالناس).
(٣) في (ب): (شركة الرجعة).
(٤) في (ب، ج): (فهو).
(٥) في (ب، ج): (زائداً).
(٦) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).
(٧) ينظر: تبيين الحقائق (٣/ ٣٢٢).
(٨) في (ج): (الفاصلة).
(٩) في (ب): (يعاونه).
(١٠) في (هـ) (يقطع).
(١١) في (أ، د): (الاستيفاء).
(١٢) وهي المزادة من ثلاثة جلود لنقل الماء.
(١٣) في (د): (ولتقى).
(١٤) في (ب، ج): (الآخر).
(١٥) في (هـ): (حينئذ) رحمه الله.
(١٦) في (ج، هـ): (وشرط).

فالشرط باطل ويكون][1] الربح نصفين.

(وتبطل الشركة بموت أحدهما ولحاقه بدار الحرب مرتداً إذا قضي به ولم يترك أحدهما مال الآخر بلا اذنه، وإن أذن كل صاحبه فأديا ولاء ضمن الثاني وإن جهل بأدائه الأول) وقالا[2]: إذا جهل بأداء الأول لا يضمن كذا أشار في كتاب الزكاة[3]، وفي "الزيادات"[4] لا يضمن علم بأداء شريكه، أو لم يعلم وهو الصحيح عندهما كذا في "التبيين"[5].

(وإن أديا معاً)[6] بأن أدى كل منهما بغيته صاحبه وانفق أدائهما في وقت وأحد وكذا إذا لم يعلم تقدم أحدهما على الآخر **(ضمن كل قسط الاخر)**.

(وإن شرى مفاوض أمته باذن شريكه ليطأ فهي له بلا شيء).

وقالا: يرجع الشريك على المشتري بنصف [ز ١٦١ ظ] الثمن؛ لأنه أدى ديناً عليه خاصة من مال فتترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه [ج١،و]، وله أن الجارية دخلت في الشركة على النبات جرياً على مقتضى الشركة فأشبه حال عدم الإذن [أ ٩١و] غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه لأن الوطء لا يحل إلا بالملك ولا وجه إلى إثباته بالبيع؛ لأنه مخالف مقتضى الشركة فأثبتناه[7] بالهبة الثانية في ضمن الإذن[8].

(وأخذ [9]كل بثمنها) أن للبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء لما عرفت أن المفاوضة تتضمن الكفالة.

---

(١) ما بين القوسين، لم ترد في (هـ).

(٢) في (هـ): (وقال).

(٣) ينظر: الهداية (٣/ ١٣).

(٤) ينظر: الزيادات. تعريف الزيادات: هي للإمام محمد بن الحسن الشيباني (ت١٨٩هـ) وله زيادة الزيادات، وقد شرح كتاب الزيادات جماعة ذكرهم في كشف الظنون، وإنما سمي بالزيادات؛ لأنه كان يختلف إلى أبي يوسف وكان يكتب عن أماليه، فجرى على لسان أبي يوسف أن محمداً يشق عليه تخريج هذه المسائل، فبلغه فبناه مفرعاً (فرع) على كل مسألة باباً وسماه بالزيادات، أي زيادة على ما أملاه أبو يوسف، وقيل سماه ليبوب غير هذا. ينظر: الفهرست (١/ ٢٨٧). وكشف الظنون (٢/ ٩٦٢) وما بعدها. والفوائد البهية ص١٦٣.

(٥) ينظر: تبيين الحقائق (٣/ ٣٢٤).

(٦) في (ب): (باذي).

(٧) في (ب): (فانباته).

(٨) ينظر: الهداية (٣/ ١٤).

(٩) في (ب، ج): (فأخذ).

كتاب الوقف

هو لغة : الحبس.

وفي الشرع : (**هو**[1] **حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة**) [هـ ٢١٨] هكذا قالوا، [و١٣٦و] وقيل[2] : وصرف[3] منفعته إلى وجه[4] من وجوه الخير لكان أولى لأن الموقوف له لا يلزم أن يكون فقيراً[5] والتصدق لا يكون إلا له (**كالعارية**) يعني يرجع عنه[6] متى شاء ويبيعه[7] ويورث عنه هذا عنده.

(**وعندهما : هو حبس على حكم ملك الله تعالى**) إنما زاد لفظ الحكم؛ لأن ملكه تعالى بمعزل عن تصرف العبد فيه، إنما تصرفه في حكمه[8] قال في "الحقائق"[9] : ظن[10] بعض أصحابنا، أنه غير جائز على قوله من إشارة ظاهر الرواية أن أبا حنيفة: كان لا يجيزه لكن مراده، أن لا يجعله لازماً، وأما أصل الجواز فثابت عنده.

(**فلو**[11] **وقف على الفقراء أو بنى سقاية**[12]**، أو خاناً**) الخان : ما بني في المفاوز على طرق البلاد لينزل[13] فيه ابناء السبيل [ب ٢٣و] ذكره في المستصفى[14][15].

---

(١) (هو): لم ترد في (ج، د، هـ، و).

(٢) في (أ، ج، د، هـ، و، ز): (أو لو قيل).

(٣) في (هـ): (صرف).

(٤) في (ب): (درجه).

(٥) في (هـ): (فقراء).

(٦) في (هـ): (من شاء متى شاء).

(٧) (ويبيعه)، لم ترد في (هـ).

(٨) في (أ، هـ): (حكم).

(٩) ينظر : تبيين الحقائق (٣/ ٣٢٥).

(١٠) في (و): (فان).

(١١) في (ز): (ولو).

(١٢) السقاية: الموضع الذي يتخذ لسقي الناس. وقيل: هو آلة الشرب، وقيل: هو الاناء يسقى به، وقال ثعلب السقاية: الموضع الذي يتخذ فيه الشرب في المواسم وغيرها. ينظر: لسان العرب، مادة: سقي (١٤/ ٣١٩). ومختار الصحاح (١/ ١٢٨).

(١٣) في (هـ): (تنزل).

(١٤) في (ب): (مستصفى).

(١٥) المستصفى: هو لأبي البركات حافظ الدين عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي شرح شرحاً بسيطاً سماه "المستصفى" ثم اختصره وسماه "المصفي" كما ذكر في آخر شرحه المسمى بالمصفى توفي ٧١٠هـ، وهو شرح من شروح كثيرة على منظومة النسفي في الخلاف توفي (٥٣٧هـ)، ينظر : طبقات الفقهاء (١/ ٢٧٠) رقم (٧١٩) وكشف الظنون (٢/ ١٨٦٧)، والفوائد =

(**لبني السبيل**[١]، **أو رباطاً**) الرباط: ما يبنى في الثغور لينزل [٢] فيه الغزاة[٣].

(**أو جعل أرضه مقبرة لا يزول ملك الواقف عنه، وإن علق بموته نحو إن مت فقد وقفت**) قال في "التبيين"[٤]: "لو علق الوقف بموته ثم مات صح، ولزم إذا خرج من الثلث؛ لأن الوصية بالمعدوم جائزة كالوصية بالمنافع، ويكون ملك الميت باقياً فيه حكماً، فيتصدق عنه دائماً، وإن لم يخرج من الثلث يجوز بقدر[٥] الثلث[٦] ويبقى الباقي[٧] الى أن يظهر له مال آخر، أو يجيز الورثة، فإن لم يظهر له مال، ولم يجز الورثة تقسم[٨] الغلة بينهم أثلاثاً [٩] [و١١٥ظ] ثلثه للوقف، والثلثان[١٠] للورثة، وقوله (**في الصحيح**) رد على أبي حسين[١١] القدوري [ز١٦١و]، حيث صرح في "مختصره"، بزوال[١٢] الملك بالتعليق[١٣] بالموت[١٤].

قال في "الكافي": لو علق بموته يكون لازماً بالإجماع، ولكن عنده يكون رقبة ملكاً لورثته أو له وعندهما: لا يكون مملوكاً لأحد، ولك أن تقول يجوز أن يكون مراد أبي الحسن[١٥] من الملك الزائل في صورة التعليق ملك التصرف، لا

= البهية (ص١٠١- وما بعدها) وهو مخطوط محفوظ في المكتبة القادرية في بغداد تحت [٧٢٦ فقه حنفي] وقد وقفت على هذا المخطوط ووثقت منه بعض المسائل، [١٧ظ] ق٢٧٣.

(١) في (أ، ب، ج): (سبيل).

(٢) في (أ): (المنزل).

(٣) في (أ، ج، د): (الفقراء). ينظر: تاج العروس، مادة: ربط (١٩/ ٢٩٩).

(٤) ينظر: تبيين الحقائق (٣/ ٣٢٦).

(٥) (بقدر): لم ترد في (ب). وفي (هـ): (من الثلث).

(٦) (الثلث): لم ترد في (د)، وبدلها (مال).

(٧) في (ب): (المال).

(٨) في (ب): (تتسم).

(٩) في (د): (اثلاثتها الثلث). وفي (هـ): (اثراً للوقف ثلثه).

(١٠) في (و): (وثلثاه).

(١١) في (هـ): (الحسن). وفي (د): (الحسين).

(١٢) في (ب، ج): (يزول).

(١٣) في (هـ): (التعليق).

(١٤) ينظر: متن القدوري ص٧٧، إشارة إلى أن مجرد التعليق بالموت لا يفيد زوال الملك بل لابد من الموت بعد التعليق ليفيده. ينظر: الدرر الحكام (٢/ ١٣٣).

(١٥) في (هـ): (الحسن).

ملك الرقبة فإنهما قد يفترقان[(١)] كما في المكاتب فإنه مملوك للولي[(٢)] رقبةً لا يداً.

(إلا أن يحكم به قاضٍ)[(٣)] استثناء من[(٤)] عدم زوال ملك الواقف لا من[(٥)] عدم[(٦)] لزومه كما توهم[(٧)] لما عرفت أنه لازم[(٨)] في الصورة السابقة أيضاً اعلم أن الخلاف بينه وبين صاحبيه في موضعين:

أحدهما: [ج٢٢ظ] زوال ملك الواقف بالوقف، وقد تعرض له المصنف.

الثاني: لزومه وسكت عنه. قال في الحقائق[(٩)]: الوقف لا يلزم عنده إلا بطريقتين[(١٠)].

أحدهما: قضاء القاضي بلزومه؛ لأنه مجتهد فيه.

والثاني: أن يخرجه مخرج الوصية، فيقول: أوصيت بغلة داري هذه[(١١)]. أو يقول: جعلتها [د ١٣٧ظ] وقفاً، فتصدقوا بغلتها على المساكين.

وعندهما: الوقف[(١٢)] لازم لغير هذه التكلفات، والناس لم يأخذوا بقوله في هذا للآثار المشهورة عن النبي ﷺ والصحابة وتعامل الناس[(١٣)] وذكر في "التتمة"[(١٤)] و"العيون"[(١٥)(١٦)].

---

(١) في (هـ): (يفرقا). (٢) في (و): (للمولى).

(٣) في الحقائق: وغرم الوقف الذي يسجل لأنه مجتهد فيه... والمسجل المحكوم عليه. [د١٣٦و].

(٤) في (ج، د، و): (عن). (٥) في (ب، ج): (لابن).

(٦) في (أ): (عدم زوال ملك الواقف). (لا من عدم): لم ترد في (ب، ج، د، هـ، و).

(٧) يقصد به صدرالشريعة، حيث لم يفرق بين لزوم الوقف وزوال الملك، فقال: إن الوقف غير لازم عنده وإن علق بالموت. (٨) في (هـ): (لا يلزم).

(٩) ينظر: تبيين الحقائق (٣/ ٣٢٥). وفتح القدير (٥/ ٣٩).

(١٠) في (ج): (بطريقتين). (١١) في (هـ): (هذا).

(١٢) (الوقف): لم ترد في (ب).

(١٣) للمزيد ينظر: المبسوط (١٢/ ٢٨). والبدائع (٥/ ٣٢٧). والاختيار (٣/ ٥). وصحيح البخاري رقم (٢٧٦٤). ومسلم رقم (١٦٣٣). وأحمد (٢/ ١١٤). والدارقطني (٤/ ٨٦). والدراية (٤/ ١٤٥) وغيرها.

(١٤) هي للإمام برهان الدين محمود بن أحمد بن عبدالعزيز الحنفي صاحب المحيط توفي ٦١٦هـ هذا الكتاب جمع فيه الصدر الشهيد حسام الدين ما وقع اليه من الحوادث والواقعات وضم إليها ما في الكتب من المشكلات واختار من المسألة فيها روايات مختلفة واقاويل متباينة وهذا اشبه بالأصول غير إنه لم يرتب المسائل ترتيبا. ينظر: طبقات الحنفية (١/ ١٥) رقم (٤١) والفوائد البهية (ص٢٠٥ وما بعدها). (١٥) (العيون): لم ترد في (هـ).

(١٦) العيون: هو في فروع الحنفية لأبي الليث نصر بن محمد السمرقندي توفي ٣٧٦هـ ولأبي القاسم =

إن الفتوى على قولهما، ولقد أحسن[١] من قال: لا حجة لهم في ذلك على الإمام، يعني للناس في أخذهم بقولهما بما شاهدوا [هـ ٢١٩] من وقف[٢] الخليل عليه السلام؛ لأنه نفي اللزوم لا الصحة [أ ١٦ظ] في المذهب الصحيح والوجود لا يدل على اللزوم، ولئن سلمنا[٣] أنه لا يصح عنده فعدم الصحة غير مستغرق لأفراد بل يصح المضاف والمحكوم بجوازه، فلم لا يجوز أن يكون الوقف الموجود[٤] من تلك[٥] الأفراد، وكيف يصح الطعن على سيد التابعين بأنه لم يشاهد الوقوف[٦] [ب٢٤ظ] في الحرمين، مع أنه حج[٧] خمساً وخمسين حجة، ولقي[٨] فيها الصحابة ﷺ[٩].

[(**ولا في مسجد بني**)][١٠] وكذا في مصلى لا بناء فيه، ذكره قاضيخان في "فتاواه"[١١][١٢]. (**وأفرز طريقه**) هذا عندهما خلافاً لأبي يوسف[١٣] (**وأذن للناس بالصلاة فيه وصلى واحد**) جعل أرضه مسجداً فعند أبي حنيفة ومحمد: لا يكون مسجداً بدون التسليم، غير أن عند محمد [ز١٦٢ظ] يتم[١٤] التسليم إذا صلى واحد بإذنه، وهو إحدى الروايتين[١٥] عن أبي حنيفة، وفي رواية أخرى عنه:

= عبد الله بن أحمد البلخي، وهو في تسع مجلدات توفي ٣١٩هـ ولصاحب المحيط وذكر ابن الشمنة إنه للشيخ علاء الدين محمد بن عبد الحميد الاسمندي السمرقندي المعروف بالعلاء العالم شرح عيون المسائل لأبي الليث وسماه "بحصر المسائل وقصر الدلائل " توفي ٥٥٢هـ، ينظر: كشف الظنون (٢/ ١١٨٧)، والفوائد البهية (ص٢٢٠).

(١) القائل: حافظ الدين الكردري في فتاواه الشهير بالبزازية هامش[د١٣٧ظ]، وإن جعل أرضه مسجداً وسلم ليس له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه؛ لأنه بانه عن أملاكه فصار الدفع خالصاً، فرق أبو حنيفة بين الوقف وبين المسجد فقال في الوقف: إذا لم يكن ما يوجب البقاء على ملكه لا يكون له أن يربح كما لو زال بالاعتاق. شرح الجامع الصغير لقاضي خان.

(٢) والمقصود هنا الكعبة، نحن نعلم أنها لم تكن في ملكه، وإنما بنتها الملائكة، ولكن حصل البناء في ملكه. يراجع أي مصدر لغرض التأكد.

(٣) في (ب، ج، ز): (سلم).

(٤) في (و): (موجود).

(٥) في (أ): (ذلك). ولم ترد في (ج).

(٦) في (هـ، و): (الوقف).

(٧) (حج): لم ترد في (هـ).

(٨) في (و): (ولق).

(٩) في (و): (الصحابة أجمعين).

(١٠) ما بين القوسين: لم ترد في (هـ).

(١١) ينظر: الفتاوى الخانية (٣/ ٢٨٨).

(١٢) في (د، هـ): (فتاواه).

(١٣) ينظر: الهداية (٣/ ٢١). والاختيار (٣/ ٥٤).

(١٤) في (و): (غير أن محمداً عنده يتم).

(١٥) قول أبي حنيفة في روايتان في رواية الحسن عنه يشترط إقامة الصلاة فيه بإجماعه، وفي رواية غيره عنه قال: إذا صلى فيه واحد يصير مسجداً وإن لم يصلِ بجماعة. ينظر: المبسوط (١٢/ ٣٤).

يشترط الجماعة، وعند[١] أبي يوسف: إذا بناه[٢] على هيئة المساجد وخلى[٣] بينه وبين الناس يكون تسليماً والصلاة ليست بشرط للزومه كذا في "جامع"[٤] قاضيخان[٥] **(وإن جعل تحته سرداباً[٦] لمصالحه وإن جعل لغيرها)**[٧] أي لغير مصالحه .**(أو جعل وسط داره مسجداً وأذن للصلاة فيه فلا)** لفقد شرط إفراز الطريق[٨].

(وعند أبي يوسف: يزول بنفس القول) لم[٩] يرد أنه لا يزول بدونه لما عرفت[١٠] أنه يزول بالفعل أيضاً.

(وعند محمد بشرط التسليم) وذلك في المسجد للإذن المذكور آنفاً. وفي غيره بنصب المتولي وتسليمه إياه.

(فصح[١١] وقف مشاع) يقسم عند الأول دون الثاني [هـ١١٥و] تفريع على الخلاف المذكور آنفاً بناء على أن القسمة من تمام القبض، وإنما قال: يقسم؛ لأنه إذا كان مما لا يحتمل القسمة [لا يصح الوقف في المسجد والمقبرة عند الأول أيضاً، "وفي غيره مما يصح"[١٢] الوقف عند الثاني أيضاً فالخلاف فيما يحتمل القسمة][١٣].

قال في "المحيط"[١٤]: أبو يوسف كان يضيق[١٥] في أمر الوقف غاية التضييق

---

(١) في (هـ): (وعن). (٢) في (أ): (بنا).
(٣) في (د): (وصلي). وفي (و): (وصلى). (٤) (جامع): لم ترد في (د، هـ).
(٥) ينظر: الفتاوى الخانية (٣/ ٢٨٨). والمصدرين السابقين.
(٦) السرداب: بيت يتخذ تحت الأرض لتبريد الماء.
(٧) في (ب، ج): (لغيره).
(٨) في (ب، ج): (لفقد افرازه شرط الطريق).
(٩) (لم): لم ترد في (ب). وبدلها: (لأنه لا يزول).
(١٠) في (هـ، و): (لما (علمت).
(١١) في (أ): (يصح). وفي (و): (فيصح).
(١٢) في (هـ، و): (وفي غيرهما يصح). (١٣) ما بين القوسين: لم ترد في (ب، ج).
(١٤) المحيط البرهاني: هو الإمام محمود بن الصدر السعيد تاج الدين أحمد بن الصدر الكبير برهان الدين عبد العزيز عمر بن مازة المرغياني البخاري الحنفي، توفي ٦١٦هـ، ينظر: جهار مقالة المقالات الأربعة (ص١٠٩)، معجم المصنفين (١/ ١٥٧). كشف الظنون (١/ ٨٢٣). النافع الكبير للكنوي ص٢٠٥. هدية العارفين (٦/ ٤٠٤). معجم المؤلفين (٦/ ٤٠٤). وآثار العباد (٥/ ١٠٨).
(١٥) في (أ): (ضيقة).

أولاً مثل أبي حنيفة، ثم رجع ووسع غاية التوسع حتى لم يشترط القبض [د١٣٧و] والإحراز، ومحمد توسط بينهما، ولهذا أفتى به عامتهم[١] [ج٢٢و].

(وجعل غلة الوقف أو الولاية لنفسه، وشرط أن يستبدل به أرضاً أخرى إذا شاء) وكذا لو شرط أن يبيعها ويستبدل ثمنها[٢] مكانها ذكره في الخلاصة[٣] **(عند أبي يوسف خاصة)** وهلال مع أبي يوسف وعليه الفتوى كذا في واقعات قاضيخان[٤] وذكر الأنصاري في وقفه، وينبغي للحاكم إذا وقع إليه، ولا منفعة في الوقف[٥] أن يأذن له في بيعها إذا رآه انظر لأهل الوقف ذكره في الأجناس[٦][٧] وذكر في المنتقى[٨] عن محمد: إذا صار الوقف بمال لا ينتفع به

(١) وفي الخلاصة ذكر الإمام السرخسي في السير الكبير مسألة ثم قال: وبهذا نتبين خطأ من يجوز استبدال الوقت وفيه أيضاً فكان الشيخ الإمام ظهير الدين يفتي بجواز الاستبدال ثم رجوع عنه. ينظر: شرح الكنز (١/ ٢٧٨).

(٢) في (ج، د، هـ، و): (بثمنها).

(٣) خلاصة الفتاوى: هو لطاهر بن أحمد بن عبد الرشيد الإمام البخاري (ت٥٤٢) وهو كتاب معتبر قليل الوجود صاحب كتاب الواقعات ينظر: طبقات الحنفية (١/ ٢٦٥) رقم (٦٩٣). كشف الظنون (١/ ٧٠٢).

(٤) ينظر: الفتاوى الخانية (٣/ ٣٠٢).

(٥) في (ب): (للواقف).

(٦) الأجناس أو الواقعات، للصدر الشهيد حسام الدين عمر بن عبد العزيز (ت٥٣٦هـ) جمع فيه بين النوازل لأبي الليث والواقعات للناطفي وأخذ عن فتاوى أبي بكر بن الفضل وفتاوى أهل سمرقند ورتب الكتب كالمختصر والمنسوب إلى الحاكم الشهيد، والابواب والنوازل، وأشار "بالعين" إلى مسائل العيون، "والواو" إلى الواقعات، "والباء" للشيخ أبي بكر، "والسين" إلى فتاوى سمرقند. ينظر: كشف الظنون (٢/ ١٩٩٨).

(٧) وفي الأجناس: إذا وقف على نفسه لا يجوز في قول محمد بن الحسن، وقال أبو يوسف: يجوز. وفيه أيضاً لو قال: أرضي صدقة موقوفة على نفسي كان الوقف باطلاً، وكذلك لو قال: صدقة موقوفة على أن غلتها إلى ما عشت لا يجوز الوقف، وكذلك لو قال صدقة موقوفة عليّ وعلى ولدي ونسلي الوقف باطل. وفي المبسوط: كذلك على هذا الخلاف إذا شرط الكل أو شيئاً لمدبريه أو أمهات أولاده. وفي العناية: إذا شرط الواقف أن يستبدل بأرض الوقف أرضاً أخرى هل يجوز ذلك أم لا؟ فقد نقل في الفتاوى الصغرى عن السير الكبير: إن استبدال الوقف باطل، إلا رواية عن أبي يوسف. ينظر: شرح الكنز (١/ ٢٧٨).

(٨) المنتقى: كتاب للحاكم الشهيد جمع فيه نوادر المذهب، ولم أجد من عثر عليه، وذكر حاجي خليفة معلومات عنه وتوجد نسخة مخطوطة محفوظة في المكتبة الأزهرية تحمل الرقم (٣٧٥٥) فقه حنفي.
ينظر: كشف الظنون (٢/ ١٨٥١) وما بعدها. وفهرست الكتب الأزهرية (٢/ ١٣٠) وطبقات الحنفية (١/ ٤٤١).

المساكين، فللقاضي[1] أن يبيعه ويشتري[2] بثمنه غيره، وليس ذلك إلا للقاضي.

(وشرط لتمامه[3] ذكر مصرف مؤبد، وقال أبو يوسف: صح بدونه، إذا انقطع صرف إلى الفقراء[4]، وصح وقف العقار لا المنقول) [ز١٦٢و].

خلافاً فإنهما قالا[5] يجوز وقف الكراء[6] والسلاح والضيعة ببقرها [هـ٢٢٠و] وأكرتها[7][8] وآلات الحرث[9]. وعند الشافعي[10]: كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز [ب٢٤و] وقفه.

(وعند محمد) خلافاً لأبي يوسف **(صح وقف منقول فيه تعامل كالفأس والمرّ[11] والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها، والقدر المرجل[12]، والمصحف وعليه أكثر فقهاء الأمصار)**[13] وعن[14] نصير بن يحيى[15]: أنه وقف كتبه إلحاقاً لها بالمصاحف وهذا صحيح[16] **(وإذا صح الوقف لا يُملَكُ ولا يُملِّك)** لما مر أنه يزول [أ ١٦و] عنه الملك **(ولكن يجوز قسمة المشاع عند أبي يوسف)** القسمة في غير المثليات يغلب فيها جهة التمليك لا جهة الإفراز ومع هذا جوز أبو يوسف قسمة المشاع، وجعل جهة الإفراز غالبة في الأوقاف[17] فإن وقف نصيبه من عقار مشترك يجوز للواقف أن يقسمه[18] مع الشريك، وإن وقف نصف عقار كله له

---

(١) في (ز): (فإن القاضي).

(٢) في (و): (ويشتري).

(٣) في (هـ): (التمام ذكر). وفي (و): (التمام).

(٤) ينظر: الهداية (٣/ ١٧).

(٥) في (ب): (قالا).

(٦) الكراء: من الخيل والإبل والحمير. ينظر: المغرب (٢/ ٢١٥). ولسان العرب (٨/ ٣٠٧). والمصباح (٢/ ٥٣١).

(٧) في (ب، ج): (واكربتها).

(٨) الأكار: الفلاح. ينظر: لسان العرب (٢/ ٥٤٨). والمصباح المنير (٢/ ٤٨٠).

(٩) ينظر: الهداية (٣/ ١٧).

(١٠) ينظر: زاد المستنقع (١/ ١٤٤). والمهذب (١/ ٤٤٠). وروضة الطالبين (٥/ ٣١٤).

(١١) المرّ: المرُّ بالفتح في وقف المختصر الذي يعمل به في الطين المؤب: (٢/ ٢٦٣).

(١٢) المِرْجَلُ: قدرٌ من النحاس. العين (٦/ ٢٠٨). ولسان العرب (١١/ ٢٧٤) والقاموس المحيط: (١/ ١٢٩٨).

(١٣) ينظر: الهداية (٣/ ١٨).

(١٤) لفظ (وعن)، لم ترد في (أ، ج، د، هـ، و، ز).

(١٥) نصير بن يحيى: هو نصير بن يحيى البلخي كان تلميذ للحسن بن زياد أخذ الفقه عن أبي سليمان الجوزاني وعن محمد بن سلمة (ت٢٦٨هـ). ينظر: البناية (٦/ ١٦١). والفوائد البهية ص٢٢١. ومشايخ بلخ (١/ ٥٢).

(١٦) ينظر: المصدر السابق.

(١٧) في (و): (الأوقات).

(١٨) في (و، هـ): (يقسم).

فالقاضي يقسم مع الواقف **(ولا يقسم بين مصارفه ويبدأ من ارتفاع الوقف بعمارته وإن لم يشترطها الواقف على الفقراء، وإن وقف على معين وآخره للفقراء فهي في ماله فإن امتنع، أو كان فقيراً أجره الحاكم وعمَّره بإجارته**[1] **ثم رده إلى مصرفه ونقضه يصرف إلى عمارته "او يدخر لوقت الحاجة"** [2] **إليه**[3] **وإن تعذر صرفه إليها ببيع وصرف ثمنه إليها)**[4]. "والله أعلم بالصواب".

---

(١) في (و) : (بإجرته).
(٢) في (هـ) : (او يؤخر إلى وقت الحاجة).
(٣) (إليه): لم ترد في (أ، ب).
(٤) في (هـ) : (بالملل الوهاب).

كتاب البيع

(**هو عقد يتضمن مبادلة مال بمال**) وتلك[1] المبادلة توجد بدون البيع كما إذا فقد الملك من[2] أحد الطرفين (**ينعقد**[3] **بإيجاب وقبول**) لم يقل بالتراخي، لأنه معتبر[4] في صحته ولزومه لا في انعقاده [و116ظ] ونفاده فلا مساغ لاعتباره قيداً للبيع في درجة انعقاده (**لفظها ماضٍ**) متعدد[5] كان أو واحداً[6] كما إذا باع الأب ملكه[7] من ابنه الصغير (**وبتعاط**) البيع كما ينعقد بالقول ولكنه الإيجاب والقبول كذلك ينعقد ولكنه التعاطي[8] ذكره صاحب "البدائع"[9]، ثم[10] أن في البيع بالتعاطي، لا بد [ج23ظ] من الإعطاء[11] من الجانبين [ز163ظ] عند البعض[12]، ويكفي من أحد الجانبين عند بعض آخر[13] (**في النفيس**[14] **والخسيس**)[15] إنما قال هذا[16]، لأن عند البعض إنما ينعقد بالتعاطي في الخسيس لا في النفيس[17] (**وهو الصحيح**) رد للقول المذكور (**وإذا أوجب واحد**

---

(1) (وتلك) الزيادة، في (د، و). (2) في (ب، ج، و، ز): (في).

(3) (وينعقد) لم ترد في (د، هـ، و). وفي (ب): (وينعقد).

(4) في (ب، ج): (معتبرة).

(5) في (ب، ج، د، هـ): (متعدداً).

(6) في (و): (او واحد). (7) (ملكه): لم ترد في (ب).

(8) التعاطي: وضع الثمن وأخذ المثمن عند تراض منهما من غير لفظ بعت واشتريت.

(9) ينظر: بدائع الصنائع (4/ 319).

(10) (ثم): لم ترد في (و). (11) في (و): (إعطاء).

(12) منهم شمس الأئمة الحلواني وأبي الفضل الكرماني، الهبة والصدقة في المحيط البرهاني ص179.

(13) منهم: السرخسي، والطرسوي، وبه يفتى. ينظر: جمع الاثر (2/ 5).

(14) النفيس: يكون قيمته مثله أو فوقه. ينظر: البناية (6/ 197).

(15) الخسيس: ما يقل ثمنه كالبقل والرمانة والخبز واللحم، وقال الكافي: الخسيس ما يكون قيمته دون نصاب السرقة. ينظر: البناية (6/ 197).

(16) في (أ): (لهذا).

(17) قال الكرخي: ينعقد في الخسيس فقط كالبقل ونحوه، وعند القدوري: إنه يجوز في الاشياء الخسيسة ويجوز في الاشياء النفيسة. ينظر: البدائع (4/ 319). والمحيط ص179. والاختيار (2/ 252).

قبل الآخر) بائعاً كان ذلك الآخر، أو مشترياً فإن القبول الثاني شطر[١] العقد سواء صدر من[٢] البائع أو من المشتري **(في المجلس)** انما ذكر هذا القيد؛ لأن خيار القبول مشروط بقيام المجلس في **(كل المبيع بكل الثمن)** [ب٢٥ظ].

(أو ترك) إنما قال في كل المبيع [ولم يقل كل المبيع][٣] ليتناول إيجاب المشتري وقبول البائع كما هو موجب إطلاق لفظي الواحد والآخر **(إلا إذا بين ثمن كل وكرر[٤] لفظ العقد)** أي: إذا قال بعت هذا بدرهم، وبعت ذلك بدرهم فقبل أحدهما بدرهم يجوز وتكرار لفظ العقد لا بد منه في تعدد الصفقة عند أبي حنيفة[٥].

(وما لم يقبل بطل الإيجاب إن رجع الموجب[٦] [هـ٢٢١و]، **أو قام أيهما)** لم يقل عن مجلسه[٧]؛ لأن الإيجاب يبطل بمجرد القيام، وإن لم يذهب عن المجلس لدلالته على الاعراض.

(وإذا وجدا يتم الانعقاد)[٨] لم[٩] يقل يلزم البيع؛ لأن المترتب على وجودهما هو الانعقاد وأما اللزوم فأمر آخر وراء[١٠] ذلك له شرائط مخصوصة إن صادفها يوجد وإلا فلا، **(وليس لواحد منهما خيار المجلس)** خلافاً للشافعي[١١] **(وصح في العوض المشار إليه**[١٢]**)** مبيعاً كان أو ثمناً فإن كلاً منهما عوض عن الآخر والحكم المذكور مشترك بينهما، ولذلك قال في العوض، ولم يكن في الثمن **(بلا علم بقدرة ووصفه لا في غيره)** [أي لا يصح][١٣] **(في غير المشار إليه)** فإنه حينئذ لا بد من علم بقدره [ووضعه][١٤] وأما ذكرهما فغير لازم ولذلك صح بالثمن المطلق [د١٣٨و].

---

(١) في (هـ): (شطر).
(٢) في (ب، و): (عن).
(٣) ما بين القوسين، لم ترد في (هـ).
(٤) في (أ): (كرر).
(٥) وعندهما له ذلك أن فصل الثمن بأن قال بعتك هذين كل واحد بكذا أو بعتك هذه العشرة بكل واحد منها بكذا. ينظر: الدرر (٢/ ١٤٣). ومجمع (٢/ ٦).
(٦) (الموجب) مكرر في (هـ).
(٧) في (هـ): (المجلس).
(٨) في (أ): (وإذا وجدا ينعقد البيع).
(٩) في (و): (ولم).
(١٠) (وراء)، لم ترد في (ب، ج).
(١١) ينظر: الأم (١/ ٧٥)، والمجموع (٩/ ١٦٠) وما بعدها.
(١٢) في (و) : (المشار اليه).
(١٣) ما بين القوسين، لم ترد في (أ).
(١٤) ما بين القوسين، لم ترد في (هـ).

(وبثمن حال) شرع في ذكر الأحوال المختصة بكل من العوضين وقدم ما يتعلق بما هو الوسيلة [أ ٩٣ظ] **(وإلى أجل علم وبالثمن المطلق)** أي لم يذكر صفته كما إذا قيل بعشرة دراهم.

(فإن استوت[١] مالية النقود فعلى ما قدر من أي نوع) أي يقع البيع على القدر[٢] المبين أي نوع كان فيعطي المشتري أي نوع شاء [ز١٦٣و] **(وإن اختلفت فعلى الاروج وفسد)** أي في صورة اختلاف مالية النقود ويفسد[٣] البيع **(إن استوى روجها الآن يبين أحدهما)**[٤] أي يبين المشتري في مجلس أحد النقود ورضي به البائع، وهذا لا ينافي في[٥] كون الانعقاد بالثمن المطلق فالاستثناء متصل.

(وفي الطعام والحبوب)[٦] الطعام إذا ذكره مقروناً بالبيع والشراء يقع في العرف على الحنطة ودقيقها، ولذلك احتيج إلى ذكر الحبوب بعده تعميماً لغيرها .**(كيلاً وجزافاً[٧] إن بيع بغير جنسه وبإناء)** لا ينكبس بالكبس[٨] **(أو حجر معين** [و١١٦و] **لم يدر قدره، وفي[٩] صاع[١٠]** [ج٢٤و] **واحد في بيع صبرة[١١] كل**

---

(١) في (أ): (استويت). (٢) في (هـ) : (القدر النوع).

(٣) في (ب، ج) : (يفسد).

(٤) قال في مجمع الأنهر (٢/ ٩): أن المسألة رباعية لانها إما أن تستوي في الرواج والمالية معاً أو تختلف فيهما أو تستوي في أحدهما، والفساد في صورة واحدة وهي الاستواء في الارواج لاختلاف المالية. وصح في ثلاث صور فيما اذا كانت مختلفة في الارواج والمالية فينصرف إلى الأروج وفيما اذا كانت مختلفة الأرواج مستوية في المالية فينصرف إلى الأروج أيضاً وفيما اذا استوت فيهما وإنما الاختلاف في الاسم كالمصري و الدمشقي فيختر المشتري في دفع أيهما شاء. (٥) (في): لم ترد في (أ).

(٦) الحبوب : كالعدس والحمص وغيرها.وقال بعض المشايخ ما يقع في السوق على مايمكن أكله من غير إدام كاللحم المطبوخ والمشوي. قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى. ينظر : مجمع الأنهر (٢/ ٩).

(٧) الجزاف: بيع الشيء لا يعلم كيله ولا وزنه، وهو اسم من جازف مجازفة والجزف، المجهول القدر. ينظر: المغرب (١/ ١٤٥). ولسان العرب (٩/ ٢٧). والمصباح (١/ ٩٩).

(٨) أي: لا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة والخزف. ينظر: الدرر (٢/ ١٤٧).

(٩) (في): لم ترد في (أ).

(١٠) الصاع: ثمانية أرطال عند أهل العراق، وعند أهل الحجاز خمسة أرطال وثلث رطل وعن مالك صاع المدينة تمري عبد الملك فالمصير إلى صاع عمر ﷺ أولى وجد معه أصوع وصيعان ويقدر الصاع بالوزن (٢,١٧٦) كغم من القمح. ينظر: العين (٨/ ١٦). والمغرب (١/ ٤٨٦). واللسان (٨/ ٢١٥). والمصباح (١/ ٣٥١). والسراج ص٥٥.

(١١) الصبرة: ما جمع من الطعام بلا كيل ولا وزن بعضه فوق بعض. قال الجوهري: الصبرة واحدة =

صاع بكذا، وفي كلها إن سمى جملة قفزانها)[1] سواء كانت التسمية عند العقد فيكون البيع بلا خيار أو بعده حال قيام المجلس فيخير المشتري.

(وفسد في الكل في ثلة[2] **أو ثوب كل شاة، أو ذراع بكذا)** لأنه ينصرف إلى الواحد[3] منها متفاوت [ب ٢٥و] وقد نبه على ذلك بقوله.

(وكذا كل معدود متفاوت) [فيه[4] بحيث وهو أن مبني هذا التعليل على اللزوم التفاوت في جوانب الثوب مطلقاً، وليس كذلك فإن من الثياب ما لا يتفاوت جوانبه، ولذلك تمسك فيه بعضهم بلزوم الضرر بالقطع][5] وفيه أيضاً كلام.

(وإن باع صبرة على إنها مائة صاع بمائة، وهي أقل أو أكثر أخذاً لمشتري الأقل بحصته أو فسخ وما زاد للبائع) لأن البيع قدر على مقدار معين والقدر ليس بوصف هذا إذا لم يختلف ظاهره وباطنه بالجودة والرداءة .**(وإن باع المذروع هكذا أخذ الأقل بكل الثمن أو ترك الأكثر له بلا خيار للبائع)** لأن الذرع وصف في الثوب، ألا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن بخلاف الصاع في المكيل فإنه قدر[6]؛ لأنه عبارة عن الكمية المختصة[7]، وليس المراد من الوصف [هـ٢٢٢] ها هنا ما يوجب الحسن والقبح فيما قام به يفصح عن هذا قولهم أن الوزن فيما يضره التبعيض، وصف وفيها لا يضره قدر مع عدم الاختلاف في إيجاب الحسن في المحل.

(وإن قال: كل [د١٣٩ظ] ذراع بدرهم يخير في أخذ الأقل والأكثر

= الطعام يقال: اشتريت الشيء صبرة أي بلا وزن ولا كيل. ينظر: اللسان (٤/ ٤٤١). ومختار الصحاح وأنيس الفقهاء (١/ ٢٠٤). وينظر: المكاييل والاوزان الشرعية، د. منير حمود الكبيسي، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة بغداد.

(١) القفيز: مكيال عند أهل العراق، وهو نوعان:
القفيز الكبير: يستعمل في بغداد والكوفة، ويتسع إلى (٨) مكاكيك، كل مكوك (٣) كليجات، كل كليجة (٦٠٠) درهم أي حوالي (٤٥كغم).
القفيز الصغير: الذي يتعامل به في البصرة وواسط، فكان (٤) مكاكيك كل مكوك (١٥)رطلاً، كل رطل (١٢٨) درهم، أي أنه كان يعادل وزناً قدره (٢٣,٩٦٢) كغم.
ينظر: مفاتيح العلوم ص١٢. ولسان العرب وتاج العروس (٤/ ٧٠). والمكايل والاوزان – هنتر- ص٦٦. والخراج في العراق ص١٣٣. والمقادير الشرعية ص١٠١.

(٢) في (ب): (ثلاثة).
(٣) في (ج): (الواحد والواحد).
(٤) في (هـ): (وفيه).
(٥) ما بين القوسين: لم ترد في (أ).
(٦) في (أ): (صدر).
(٧) في (ز): (المحضة).

[ز١٦٤ظ] **بحصته إن كان**[1] **التفاوت بذراع، وإن كان بنصف ذراع لا يعتد به لكن تصير في صورة النقصان)** [لأن الذراع وصف، وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيداً بالذراع][2] ففي الأقل بقي الحكم على الأصل .**(وعند محمد يعتد به فيخير في أخذه بحصته في الصورتين)** لأنه[3] [من ضرورة مقابلة][4] الذراع بالدراهم مقابلة نصفه بنصفه .**(وعند أبي يوسف: يأخذ الناقص بحصته الكامل)** لأنه لما أفرد كل ذراع [ببدل نزل كل ذراع][5] منزلة ثوب وقد انتقض **(وصح بيع عشرة أسهم من مائة سهم لا بيع عشرة أذرع من مائة من دار)** هذا عنده، وقالا: صح في الوجهين[6]؛ لأنه باع عشراً مشاعاً من الدار وله أن في الثاني المبيع محل الزرع، وهو معين مجهول لا مشاع بخلاف السهم .**(ولا بيع عدل على أنه عشرة أثوب وهو أقل أو أكثر)** للجهالة في حصته الموجود، [أو في المبيع[7]][8].

(ولو بين لكل[9] **ثمناً صح في الأقل بقدره وخير وفسد في الأكثر وصح بيع البر في سنبلة)** وللشافعي[10] فيه قولان .**(والباقلاء والأرز والسمسم في قشرها)** قال الشافعي[11]: لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر[12] **(والجوز واللوز** [ج٢٥ظ] **والفستق [في قشرها الأول]**[13]**)** إنما قال في قشرها الأول ليعلم الحكم [ب ٢٦ظ] فيه[14] إذا كان في قشرها الثاني بطريق الدلالة، ولو أطلق لتبادر الوهم[15] إلى الثاني **(وبيع ثمرة لم [أ ٩٣و] يبدُ**[16] **صلاحها)** هذا على الأصح قدومة رعاية للترتيب الطبيعي واهتماماً لما فيه من قوة الخلاف[17] **(أو قد بدا)** تصريح بما فهم

---

(١) في (أ): (كانت).
(٢) ما بين القوسين: لم ترد في (هـ).
(٣) في (أ، د، هـ، و): (لأن).
(٤) ما بين القوسين: لم ترد في (هـ).
(٥) ما بين القوسين: لم ترد في (هـ).
(٦) ينظر: الهداية (٣/ ٢٦).
(٧) في (ب، ج): (البيع).
(٨) ما بين القوسين: لم ترد في (هـ).
(٩) في (ب، ج): (لكل). وفي (و): (كل).
(١٠) والأصح أنه لايجوز التشبيه. ينظر: مغني المحتاج (٢/ ٩٠). وحواشي الشيرواني (٤/ ٤٤٢).
(١١) ينظر: الوسيط (٣/ ١٨٥). وحواشي الشيرواني (٤/ ٢٦٩). روضة الطالبين (٣/ ٥٥٨). ومغني المحتاج (١/ ٣٨٣). والمجموع (٩/ ٢٨٩).
(١٢) في (أ، و): (الأحضر).
(١٣) ما بين القوسين: لم ترد في (و).
(١٤) في (أ): (فيها).
(١٥) في (و): (الفهم).
(١٦) في (ج): (لا يبد).
(١٧) في (ب، ج): (خلاف).

دلالة وتنصيص على الرد للشافعي[١] وتجريد لموضع خلاف[٢] **(ويجب قطعها)** في الحال .**(وشرط تركها على الشجر يفسد البيع كاستثناء قدر معلوم [و ١١٧ظ] منها)** بأن باع ثمرة أو استثنى أرطالاً معلومة[٣]؛ لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول، ولا فرق بين أن يكون مقطوعة وبين أن يكون على الشجر شدك إليه ما في "الهداية"[٤]، من الإطلاق على وقف العموم المفهوم من التعليل المذكور.

(وأجرة الكيل والعدّ والوزن والذراع على البائع، وأجرة وزن الثمن ونقده على المشتري، وفي بيع سلعة بثمن سلم هو) أي[٥]: الثمن درهماً كان أو ديناراً.

(أولا) لأن السلعة تتعين [ز١٦٤و] بالبيع والدرهم والدنانير لايتعينان إلا بالتسليم ولا بد من تعينه كي لا يلزم الربا **(وفي غيره)** وهو بيع السلعة بالسلعة وبيع الثمن بالثمن **(سلما معاً)** لتساويهما في التعيين في أحد الصورتين وعدمه [د١٣٩و] في الأخرى هذا إذا كان كل من البدلين عيناً، وأما إذا كان أحدهما ديناً مبيعاً كان كما في السلم أو ثمناً كما في البيع بثمن مؤجل، فاللازم عقيب البيع تسليم ما هو العين.

باب الخيار

[فصل في خيار الشرط]

(صح شرط الخيار لأحد العاقدين) بائعاً [هـ٢٠٣] كان أو مشترياً **(ولهما معاً ثلاثة أيام وأقل لا أكثر)** فإنه مفسد للبيع خلافاً[٦] لأبي يوسف ومحمد **(إلا أنه**

---

(١) مصدر الشافعي: مغني المحتاج (٢/ ٩٠). وحواشي الشيرواني (٤/ ٢٦٩).

(٢) في (ب): (خلاف).

(٣) وعندنا يجوز ذلك كله له، أن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فأشبه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه. ينظر: الهداية (٣/ ٢٨). والدرر الحكام (٢/ ١٥٠).

(٤) قالوا: هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي، أما على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز؛ لأن الأصل أنَّ ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد، وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه، بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان، لآ نه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه.
وقال ابن أبي ليلى: البيع جائز والشرط باطل، وقال ابن شبرمة: البيع جائز والشرط جائز.
ينظر: مختصر الطحاوي ص٧٨. واللباب (٢/ ١٠). وبدائع الصنائع (٤/ ٣٨٧). والهداية (٣/ ٢٨).

(٥) (أي): لم ترد في (ب).

(٦) لأن الخيار أنما شرعه للحاجة إلى التروي ليندفع الغبن وقد تمسى الحاجة إلى الأكثر فصار كتأجيل في الثمن. ولأبي حنيفة ﷺ أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وإنما =

يجوز البيع إن أجاز من له الخيار في الثلاث) خلافاً لزفر **(وإن شرى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع صح وإلى أربعة لا)** خلافاً لمحمد فهو على أصله، وكذلك أبو حنيفة وأما أبو يوسف فإنه قد أخذ بالأثر[١] في الموضعين وذلك أنه روى عن ابن عمر رضي الله عنهما في الخيار الزيادة على الثلاث[٢]، وفي[٣] هذه المسألة ثلاثة أيام[٤] فلم[٥] يجتاز حد الأثر فيما لا يدرك[٦] بالقياس ذكره فخر الإسلام[٧] في "الجامع"[٨].

(إلا أنه إن نقد في الثلث جاز) ترك التفريع هنا وأصاب كذا فيما سبق، لأن اشتراك المسألتين في العلة إنما يصح ذكر إحديهما عقب الأخرى لا تفريع[٩] إحديهما **(على الأخرى)**[١٠].

(ولا يخرج مبيع عن ملك بائعه مع خياره[١١] فهلك)[١٢] [فيه أي][١٣] يعني في مدة الخيار **(في يد المشتري عليه بالمثل إن كان مثلياً أو بالقيمة)**[١٤] إن لم يكن مثلياً لأن البيع كان موقوفاً [ج٢٥و] فانفسخ[١٥] بالهلاك لعدم إمكان [ب ٢٦ظ] النفاذ بدون المحل فاعتبر مقبوضاً على سوم الشراء **(ويخرج مبيع[١٦] مع خيار المشتري فَهَلْكُهُ في يده[١٧] بالثمن كتعيّبه)** فيها فإنه نظير الهلك[١٨] في الصورتين على ما

= جوزناه بخلاف القياس رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة قبل. ينظر: الهداية (٣/ ٢٩).

(١) تعريف الأثر: بقية الشيء، أو بقي من رسم الشيء. ينظر: لسان العرب (١/ ٢٥).
وفي اصطلاح المحدثين: قل ما أضيف إلى النبي ﷺ قولاً وفعلاً أو صفة خُلقية أو خَلقية، أو إلى الصحابة أو التابعين من قول أو فعل. ينظر: تيسير مصطلح الحديث ص١٦. ومحاضرات في علوم الحديث ص١٣.

(٢) في (أ، د، هـ، و): (الثلث).

(٣) لم يجده فخرجوا الهداية. ينظر: نصب الراية (٤/ ٨).

(٤) (ثلاثة) لم ترد في (ب).

(٥) في (ب، و): (فلم).

(٦) في (د): (يدرك).

(٧) فخر الإسلام: جماعة من العلماء وعند الاطلاق برواية الإمام علي البزدوي وعلي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم وغيرهم. ينظر: طبقات الحنفية (١/ ٣٨٠) رقم (٩٢٧).

(٨) الجامع: هو لعلي البزدوي، كما جاء في طبقات النسفية (١/ ٤٤٩). وكشف الظنون (١/ ٥٦١) وما بعدها.

(٩) في (هـ): (التفريع).

(١٠) ما بين القوسين: لم ترد (هـ).

(١١) في (ب): (خيار).

(١٢) في (هـ، و): (فهلكه).

(١٣) ما بين القوسين: لم ترد في (ب).

(١٤) في (و): (وبالقيمة).

(١٥) في (و): (فالفسخ).

(١٦) (مبيع): لم ترد في (و).

(١٧) في (ب): (بيده).

(١٨) في (د): (الهلاك).

أفصح عنه صاحب "الهداية"[١]. **(عيناً لا يرتفع)** كما إذا قطعت يده وأما إذا كان عيباً[٢] ويجوز ارتفاعه[٣] كالمرض فهو على الخيار إذا زال المرض في الأيام الثلاثة، وأما إذا مضت الثلاثة والعيب قائم[٤] لزمه العقد لتعذر الرد، كذا في "الإيضاح"[٥] **(ولا يملكه المشتري)** يعني إذا [ز٦٥ظ] كان الخيار له، وقالا فلا يملكه[٦] وثمرة الخلاف تظهر في المسائل المذكورة بقوله **(فشراء عرسه بالخيار لا يفسد نكاحه[٧] فإن وطئها)** المشتري في أيام الخيار **(يملك ردها)** لأنه بالنكاح فلا يكون الإجازة[٨] **(إلا[٩] إذا نقصها به)** أي بالوطء بكراً كانت أو ثيباً، **(ولا يعتق قريبه عليه)** أي[١٠] أراد ذا رحم محرم.

(ولا[١١] من شراه قائل[١٢] إن ملكت[١٣] قنا[١٤] فهو حر ولا يعد حيض المشرية فيها من الاستبراء) لأنه[١٥] إنما يجب بعد ثبوت الملك. **(ولا استبراء[١٦] على البائع إن ردت عليه بخيار[١٧] لأنه إنما يجب بتجدد الملك، ولم يوجد حيث لم يدخل [أ ٩٤ظ] في [د١٤ظ] في ملك غيرها[١٨] فكأنه لم يزل ملك البائع.** **(ومن ولدت فيها بالنكاح في يد البائع)** بأن اشترى زوجته بالخيار، وهي حامل

---

(١) ينظر: الهداية (٣/ ٣٠). لأنه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلاً لا إلى مالك ولا عهد لنا به في الشرع، ولأبي حنيفة إنه لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه ولاجتمع البدلان لأن في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة ولا أصل له في الشرع؛ لأن المعاوضة تقتضي المساواة بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع. ووجه الفرق: إنه إذا أدخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعزى عن مقدمه عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن. ينظر: الهداية (٣/ ٣٠).

(٢) في (ب): (عيناً).

(٣) في (و): (ارتفاعه).

(٤) في (هـ): (قائم به).

(٥) في (ب): (الايصال)، الايضاح في الفروع: الإمام أبي الفضل عبد الرحمٰن بن محمد الكرماني الحنفي توفي ٥٤٣هـ، (ينظر: تاج التراجم (ص٤٣) رقم (٩٦)، وكشف الظنون (١/ ٢١١) والفوائد البهية (ص٩١).

(٦) في (ب): (يملكه). وفي (هـ): (لايملكه). وفي (ز): (لايملكه).

(٧) في (و): (نكاحها).

(٨) في (ب): (الاجازة).

(٩) (إلا): لم ترد في (ب، هـ).

(١٠) (أي) زيادة من (هـ).

(١١) في (أ): (ولأن).

(١٢) في (هـ): (قائله).

(١٣) في (هـ): (ملكته).

(١٤) قنا: هو العبد، وقيل هو عبد ملك هو وأبواه، ويجمع أقناناً. ينظر: العين (٥/ ٢١٧). والمصباح (٢/ ٥١٧). والقاموس المحيط (١/ ١٥٨٢).

(١٥) في (و): (وإلا أنه).

(١٦) في (هـ): (والاستبراء).

(١٧) في (هـ): (بخياره).

(١٨) في (و): (وغيره). وفي (ز): (ملك غيره).

فولدت في أيام الخيار .(**لا تصير أم ولد له**) ويملك الرد، وقالا[١]: لا يملكه لتعيبه في ملكه وتصير أم ولد له لو ادعى الولد؛ لأنه ولد والفراش ضعيف، وإنما قال في يد البائع؛ لأن الولادة لو كانت في يد المشتري تصير أم ولده بالاتفاق لأنها تعيب[٢] بالولادة فلا يملك الرد فتصير ملكاً للمشتري فتصير أم ولد له ولا دخل فيه لوقوع الولادة في ملكه .(**وهلكه في يد البائع عليه إن قبضه المشتري بإذنه وأودعه عنده فيها**) أي في المدة (**لارتفاع القبض بالرد [هـ٢٠٤] لعدم الملك**) فلم يصح[٣] الإيداع فهلاكه بعد ذلك في يد البائع إن كان في المدة فهو هلاك قبل القبض [وقيل الملك وإن كان بعد مضيها فهو هلاك قبل القبض][٤] فيكون من ماله كما في البيع البيات، وعندهما من مال المشتري لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك.

(**وبقي خيار مأذون شرى بالخيار وأبرأه بائعه عن ثمنه [في المدة]**[٥] **فيها، لأن المأذون يلي عدم التملك**)[٦] تفصيله أنه ما لم يكن بسبب الخيار كان رده ببقاء الخيار امتناعاً عن التملك، وللمأذون[٧] ولاية في ذلك فإنه إذا وهب له شيء فله ولاية أن لا يقبله[٨]، وقالا[٩]: لا يبقى الخيار لأنه إن بقي كان له ولاية [ب٢٧ظ] الرد وقد ملكه فيكون رده تمليكاً بغير عوض، والمأذون لا يملك ذلك.

(**وبطل شراء ذمي من ذمي خمراً بالخيار إن أسلم فيهما**) [ج٢٦ظ] أي المسلم المشتري[١٠] في مدة [ز١٦٥و] خياره[١١] (**لئلا يتملكها مسلماً**[١٢] **بإسقاط خياره**) "وقالا: بطل الخيار لئلا"[١٣] يتملكها مسلماً برده لأنه ملكها .(**ومن له الخيار يجيز، وإن جهل صاحبه ولا ينفسخ بلا علمه**) خلافاً لأبي يوسف والشافعي[١٤]، هذا إذا كان الفسخ[١٥] بالقول، أما إذا كان بالفعل كالإعتاق والبيع والوطء

(١) ينظر: الهداية (٢/ ٣١).
(٢) في (أ): (تقريب). وفي (ز): (تتعيب).
(٣) في (وفلا يصح).
(٤) ما بين القوسين: لم يرد في (ز).
(٥) ما بين القوسين: لم ترد في (ب، ج).
(٦) في (هـ): (التمليك).
(٧) في (هـ): (وللمأذون).
(٨) في (هـ): (يقبله).
(٩) ينظر: الهداية (٣/ ٣١).
(١٠) في (ب، ج): (المشتري).
(١١) في (ب، و): (الخيار).
(١٢) في (ب، ج): (مسلم).
(١٣) في (ب): (وقالا يبطل الخيار دليلاً).
(١٤) ينظر: الهداية (٢/ ٣/ ٣١).
(١٥) (الفسخ): لم ترد في (هـ).

فيجوز[١] بلا علمه بالاتفاق .**(فإن فسخ وعلمه[٢] في المدة انفسخ وإلا تم عقده)** لا يقال إن في شرط العلم ضرراً لمن له الخيار، إذ يجوز أن يختفي صاحبه فلا يصل[٣] إليه الخبر[٤] في مدة الخيار؛ لأنا نقول يمكن تداركه أن يأخذ[٥] منه وكيلاً يثق به حتى إذا بدا له الفسخ رد عليه.

(ويورث خيارالعيب[٦] والتعيين[٧] لا الشرط[٨] والرؤية) خلافاً للشافعي[٩]. **(وإن اشترى وشرط الخيار لغيره فأي أجاز أو نقض صح ذلك)** شرط الخيار للأجنبي إنما يثبت بطريق النيابة [د ١٤٠و] عمن شرط من العاقدين فيثبت له اقتضاء فرض البائع[١٠] بخيار الغير يقتضي رضاءه[١١] بخيار المشتري ضرورة أن الرضى بفعل النائب رضاه بفعل الأصل وتوقف ثبوت الخيار للغير على رضى[١٢] [و١١٨ ظ] [غير من له الشرط من القاعدين لا يستلزم نيابة عنه ايضاً، ألا يرى أن ثبوت الخيار لكل من القاعدين يتوقف على رضاء الآخر][١٣] ولا نيابة **(فإن أجاز أحدهما وفسخ الآخر فالأول أولى وإن وجدا معاً فالفسخ أولى وبيع عبدين بالخيار في أحدهما صح إن فصل[١٤] ثمن**

---

(١) ولهما: أنه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع، ولا يعرى عن المضرة؛ لأنه عساه يعتمد تمام البيع السابق، فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع، أو لا يطلب لسلعته مشترياً فيما إذا كان الخيار للمشتري، وهذا نوع ضرره يتوقف على علمه وصار كعزل الدليل، بخلاف الاجازة، لأنه لا إلزام فيه، ولا نقول إنه مسلط، وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ، ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط، ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به، ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ. ينظر: الهداية (٣/ ٣١).

(٢) في (أ، د، هـ، و): (وعلم).

(٣) في (هـ): (ولا يصل).

(٤) (الخبر): لم ترد في (ب).

(٥) في (هـ): (أخذ).

(٦) خيار العيب: وهو أن يختار رد المبيع إلى بائعه بالعيب. ينظر: التعريفات ص١٠٦ رقم (٨٤٧).

(٧) خيار التعيين: هو أن يشتري أحد الثوبين بعشرة على أن يعين أياً شاء. ينظر: التعريفات ص١٠٦ رقم (٨٤٦).

(٨) في (أ): (والشرط).

(٩) ينظر: الأم (٣/ ٣). وفتح الوهاب (١/ ٢٩٠). والمجموع (٩/ ٢٨٤).

(١٠) في (ب): (فرض البائع).

(١١) في (أ): (برضاه).

(١٢) في (ج): (رضا الآخر ولا نيابة).

(١٣) ما بين القوسين: لم ترد في (ج).

(١٤) في (و): (نقبل).

كل وعين محل الخيار وفسد في الأوجه الثلاثة الباقية)[١] وذلك أن البيع بشرط الخيار داخل في الإيجاب لا الحكم فهو مبيع من وجه دون وجه ففي صورة[٢] الجهالة في الجملة اعتبر جهة أنه ليس بمبيع وفي صورة عدم الجهالة أصلاً[٣] اعتبر جهة أنه مبيع فلم يلزم جعل قبول ما ليس بمبيع شرطاً لقبول ماهو مبيع حتى يفسد العقد .

(وشراء أحد الثوبين[٤] **على أن يعين أياً شاء في ثلاثة أيام صح لا**[٥] **إن لم يشترط تعيينه)** هذا على رواية الجامع الصغير[٦]، وقال شمس الأئمة وهو الصحيح ورواية الجامع الكبير على خلاف[٧] ذلك [هـ٢٢٥] وقال فخر الإسلام: هو الصحيح .**(ولا في أحد أربعة)** لأن الرخصة على خلاف القياس [ز١٦٦ظ] لمكان الحاجة وهي تندفع [أ ٩٤و] بالثلث لاشتمالها على الجيد والرديء والمتوسط. **(وأخذه بالشفعة** [داراً][٨] **بيعت بجنب ما شرط فيه الخيار رضا)** لأن الأخذ بالشفعة][٩] يقتضي[١٠] إجازة المشفوع به .**(وخيار** [ب٢٧و] **شرط المشتري يسقط برضا أحدهما وكذا خيار العيب والرؤية)** خلافاً لهما؛ لأن إثبات الخيار لهما إثبات لكل واحد منهما فلا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما [رده معيباً وفيه إلزام ضرر زائد وليس عن ضرورة إثبات الخيار لهما الرضى [ج٢٦و] برد

---

(١) هذا على أربعة أوجه:
أحدها: أن لا يفصل الثمن، ولا يعين ما فيه الخيار وهو فاسد لجهالة المبيع والثمن ؛ لأن ما فيه الخيار كالخارج عن العقد؛ لأنه مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقى الداخل فيه أحدهما وهو مجهول.
وثانيهما: أن لا يفصل الثمن ويعين ما فيه الخيار وهو جائز لكون المبيع والثمن معلومين، وقبول العقد فيما فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاد العقد في الآخر لكنه غير مفسد لكونه محلاً للبيع كالجمع بين قن ومدبر.
والثالث: أن يفصل ولا يعين.
والرابع: عكسه وهو فاسد فيهما لجهالة المبيع أو الثمن. ينظر: الدرر (٢/ ١٥٤).

(٢) في (و): (صورة).
(٣) في (ب): (أهلاً) .
(٤) في (و): (النقدين).
(٥) في (و): (إلا).
(٦) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٤).
(٧) (خلاف): ساقط من (هـ).
(٨) في (هـ): (دار).
(٩) ما بين القوسين: ساقط من (هـ) .
(١٠) في (ب): (ويقتضي).

أحدهما][1] لتصور إجماعهما على الرد .**(وعبد مشترى بشرط خبزه أو كتبه ووجد بخلافه أخذ بثمنه أو ترك)** لأن هذا وصف مرغوب فيه[2] فيستحق بالشرط في العقد ثم فواته يوجب التخيير؛ لأنه لم يرض به دونه وإذا أخذه أخذه بجميع الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن.

فصل

[في خيار الرؤية][3]

(صح شراء ما لم يره) خلافاً للشافعي[4] **(ولمشتريه الخيار عندهما)** أي عند الرؤية .**(أي أن يوجد مبطله، وإن قال رضيت [د١٤١ظ] قبلها)** لم يقل وإن رضي قبلها لما فيه من إبهام تحقق الرضا قبلها وفساده ظاهر وتمكنه[5] من الفسخ قبلها بحكم[6]أنه قد غير لازم في حقه لخلل[7] في الرضا لا للخيار ذكره في الجامع الصغير[8] **(لا لبائعه ويبطله وخيار الشرط تعيبه وتصرف لا يفسخ كالإعتاق والتدبير أو يوجب حقاً لغيره كالبيع المطلق)** أي بدون شرط الخيار للبائع وإنما قلنا للبائع؛ لأن شرط الخيار للمشتري لا ينافي الإطلاق المراد ها هنا .**(والرهن والإجارة قبل الرؤية وبعدها)** لأن هذه الحقوق تمنع الفسخ فيلزم البيع ويلزمه بتعذرالفسخ ويبطل الخيار ومعنى بطلانه قبل الرؤية خروجه عن صلاحية أن يثبت له الخيار عندهما[9] **(وما لا يوجب لغيره كالبيع بخيار البائع والمساومة[10] والهبة بلا تسليم يبطل بعدها لا قبلها)** لأن هذه التصرفات لا تزيد على صريح الرضا وهو [و١١٨و] إنما يبطله بعد الرؤية.

(والنظر إلى وجه الأمة[11]، والصبرة، ووجه الدابة وكفلها[12] وظاهر ثوب مطوي غير معلم[13] وإلى موضع علمه معلماً ونظر وكيله بالشراء أو بالقبض كاف

---

(١) ما بين القوسين: ساقط من (و).

(٢) (فيه): ساقط من (ب، ج).

(٣) ما بين القوسين: زيادة من المحقق.

(٤) ينظر: الشافعي، لا يصح. المهذب (١/ ٢٦٤). الأم (٣/ ٣٨).

(٥) في (و): (وتمكنا).

(٦) (بحكم): ساقط من (ب، ج).

(٧) في (هـ): (تحلل).

(٨) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٤).

(٩) في (ج، هـ): (عندنا).

(١٠) المساومة: أي العرض على البيع.

(١١) في (أ، ب، ج، د، هـ): (الرقيق).

(١٢) الكفل: العجزُ وقيل ردف العجز وقيل القطن، يكون للإنسان والدابة. ينظر: لسان العرب (٩/ ١١٦).

(١٣) العلم: يراجع رسم الثوب.

لا نظر رسوله)[(١)] وعندهما نظر الوكيل بالقبض غير كاف؛ لأنه وكله بالقبض دون إسقاط الخيار، وله أنه وكله بالقبض مطلقاً فيملك القبض التام وهو أن يقبضه وهو يراه، وهذا لأن تمامه بتمام[(٢)] الصفقة وهي لا تتم مع بقاء خيار الرؤية .**(وشرط رؤية داخل الدار اليوم)**[(٣)] في عامة الروايات إذا رأى صحن [ب٢٨ظ] الدار[(٤)] فلا خيار له وإن لم ير بيوتها، وكذا إذا رأى خارج الدار وعند زفر لابد من رؤية داخل البيوت، والصحيح أن ذلك الجواب على وفق عادة أهل الكوفة في زمن أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأنها تكون على تقطيع واحد، فأما اليوم [هـ٢٢٦] فصفات الدور يختلف فالعمل بما قاله زفر، وهذا أشار إليه بقوله اليوم[(٥)]. **(وبيع الأعمى وشراؤه صح وله الخيار مشترياً ويسقط بمسه المبيع وشمه وذوقه)** فيما يدرك ذلك .**(ويوصف العقار)** بأبلغ ما يكون هذا عندهما، وعنده يوكل وكيلاً بقبضه [ج٢٧ظ] فيقبضه له وهو يراه وينظر إليه كذا في شرح[(٦)] الجامع الصغير للإمام الكردري[(٧)].

(ومن رأى أحد الثوبين ثم شراهما ثم رأى الآخر فله ردهما لا رد الآخر وحده) لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام .**(ومن رأى شيئاً ثم شراه خُيِّرَ إن وجده** [د١٤١و] **متغيراً وإلا لا، والقول للبائع)** مع يمينه إذا اختلفا .**(في عدم تغيره)** إلا إذا بعدت المدة؛ لأن الظاهر شاهد للمشتري حينئذٍ .**(وللمشتري)** [أ ٩٥ظ] إذا اختلفا .**(في عدم رؤيته، ومن شرى عدل وقبض فباع منه ثوباً أو وهب وسلم لم يرده بخيار رؤية أو شرط بل بعيب)** والأصل فيه أن رد البعض يوجب تفريق

---

(١) الفرق بين التوكيل والارسال: أن يقول في التوكيل: كن وكيلي في القبض. وفي الإرسال: كن رسولي فيه، أو أمرتك بقبضه، وقبوله ونظر وكيله بالقبض احترز عنه الوكيل بالشراء، فإن نظره بالاجماع كنظر الموكل فقيده بالقبض لما فيه من الاختلاف، ولم يقيد الرسول به؛ لأن نظره لا يكون كنظر المرسل مطلقاً سواء كان الرسول بالقبض أو بالشراء. ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٢٨).

(٢) (بتمام): لم ترد في (ب).

(٣) (اليوم): لم ترد في (أ، ب، ج، د، هـ).

(٤) صحن الدار: وسطها. والصحن: ساحة وسط الدار، والجمع صحون.
ينظر: مختار الصحاح (١/ ١٥٠). ولسان العرب (١٣/ ٣٤٤-٣٤٥).

(٥) ينظر: الهداية (٣/ ٣٥).

(٦) (شرح): لم ترد في (ب).

(٧) الكردري: هو محمد بن عبد الستار بن محمد شمس الأئمة الكردري ولد سنة ٥٩٩هـ طلب العلم واشتهر به وقرأ على الإمام خطيب زادة مات ببخارى سنة ٦٤٢ هـ، ينظر: كشف الظنون (٢/ ١٢٢٩)، والفوائد البهية (ص١٦٧).

الصفقة، وهو قبل التمام لا يجوز، وبعده يجوز ثم خيار الشرط والرؤية يمنعان تمام الصفقة وخيار العيب يمنعه قبل القبض لا بعده.

فصل

[في خيار العيب][١]

(**ولمشترٍ وجد في مشتريه عيباً**[٢] **نقص**[٣] **قيمته عند التجار رده أو أخذ بكل ثمنه ولا إمساكه وأخذ نقصانه**) أراد عيباً كان عند البائع والمشتري قبض المبيع من علم به ولم يوجد منه ما يدل على الرضى به[٤] بعد العلم به[٥] (**والآباق ولو إلى ما دون السفر والبول في الفراش وسرقة صغير يعقل عيب**) إنما قال: يعقل احترازاً عما[٦] لا يعقل؛ لأن سرقته ليس بعيب .(**وبالغ عيب آخر**) عطف على معمولي[٧] عاملين مختلفين والمجرور مقدم .(**فلو سرق عندهما**) أي عند العاقدين .(**في صغره**) وهو عاقل .(**رده وإن حدث عنده في صغره، وعند مشتريه في كبره لا، وجنون**[٨] **الصغير عيب بلا تفصيل**) فيرد من جن في صغره عنده ثم عند (**مشتريه فيه أو كبره والبخر**[٩] **والدفر**[١٠] **والزنا والتولد منه عيب [فيها لا فيه والكفر عيب]**[١١] **فيهما، والاستحاضة وارتفاع حيض بنت سبع عشرة سنة لأقل عيب**[١٢] [و١١٩ظ] **وإن ظهر**[١٣] **عيب قديم بعدما حدث عنده آخر فله نقصانه لا رده إلا برضاء بائعه كثوب شراه فقطعه فظهر عيب ولبائعه أخذه كذلك فلا يرجع** [ب

---

(١) ما بين القوسين: زيادة من المحقق.
(٢) (عيباً): مكررة في (ج).
(٣) في (هـ): (نقض).
(٤) (به): ساقط من (ب، ج).
(٥) (به): ساقط من (ب، ج).
(٦) في (د، هـ، و): (عمن).
(٧) في (ب، ج): (معمول).
(٨) الجنون: وهو آفة في العقل فإذا وجد مرة فأثره يبقى فيه ما عاش.
ينظر: المبسوط (١٣/ ١٠٨)
(٩) البخر: وهو نتن الفم في الجواري لا في العبيد إلاأن يكون فاحشاً؛ لأنه حينئذٍ يكون عن داء.
ينظر: المبسوط (١٣/ ١٠٧). والبدائع (٤/ ٥٤).
(١٠) الدَّفر: وهو نتن الإبط لا في الغلام، إلا أن يفحش فيكون عيباً.
ينظر: المبسوط (١٣/ ١٠٧). وطلبة الطلبة ص٢٣١. وابن عابدين (٥/ ١١).
(١١) ما بين القوسين: ساقط من (ب).
(١٢) لأن استمرار الدم علامة الداء، وقيد بسبع عشرة لأنه زمن البلوغ عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: خمس عشرة سنة. ينظر: الهداية (٣/ ٣٧-٣٨). ومجمع الأنهر (٢/ ٤٣). وابن عابدين (٥/ ١٢-١٣).
(١٣) في (ز): (طهر).

٢٨و] **في مشتريه بالنقصان إن باعه)** [أن للبائع][١] حق أخذه معيباً فالمشتري بالبيع يكون حابساً للمبيع فلا يرجع بالنقصان .**(وإن خاطه أو صبغه أحمراً)** إنما[٢] قال: أحمر ليكون الزيادة في المبيع إتفاقية فإن بعض الألوان كالسواد نقصان عنده .**(أدلّت السويق بسمن ثم ظهر عيبه رجع بنقصان)** لامتناع الرد بسبب الزيادة. **(وليس للبائع أخذه)** لأن الامتناع لحق الشرع لا لحقه ولا لحق المشترين ولذلك لو تراضيا على الرد لا يقضي القاضي بالرد، ذكره في شرح الطحاوي .**(ولو باعه بعد رؤية** [هـ٢٢٧] **عيبه)** لأن الرد قد امتنع قبله فلم يكن بالبيع حابساً [ج٢٧و] [د١٤٢ظ] للمبيع[٣] **(كما لو أعتقه قبلها)** قبل رؤية العيب .**(مجاناً أو دبره أو استولدها ومات عنده)** فإن في هذه الصور يرجع [ز١٦٧و] المشتري بالنقصان.

(أو أعتقه على مال أو قتله أو أكل الطعام كله[٤] ولو[٥] بعضه) هذا عنده، وعند أبي[٦] يوسف: يرجع بنقصان ما أكل ويرد الباقي إن رضي البائع وإلا فلا.

وعند محمد: يرجع بنقصان ما أكل ويرد الباقي مطلقاً، وعليه الفتوى[٧]، والخلاف فيما إذا كان الطعام في وعاء وأحد أو لم يكن في وعاء، فإن كان في وعائين[٨] فله رد الباقي بحصته من الثمن في قولهم كذا في الحقائق[٩] والخانية[١٠] **(أو لبس الثوب فتخرق لم يرجع)** اعلم أن الأصل إن امتناع الرد من جهة المشتري إذا كان بفعل مضمون يبطل حقه في الرجوع بنقصان العيب، وإذا كان لا يفعل مضمون لا يبطل حقه في الرجوع والعتق ليس بمضمون بدليل أن الشريك المعسر[١١]إذا أعتق لم وكذا التدبير .**(وإن شرى بيضًا أو بطيخاً، أو خياراً، أو جوزاً فكر فوجد فاسداً، فله نقصانه في المنتفع به فكل ثمنه في غيره ومن باع مشتريه ورد عليه يعيب بقضاء بإقرار أو بينة أو نكول رد على بائعه)** أي يكون له[١٢] حق الخصومة مع بائعه.

---

(١) ما بين القوسين: لم ترد في (د). وفي (هـ، و): (إذ للبائع).
(٢) في (هـ): (وإتمام).
(٣) في (هـ، و): (المبيع).
(٤) (كله): ساقطة من (أ، ب، ج، د، هـ).
(٥) في (ب، ج): (ولو).
(٦) في (هـ): (أبا).
(٧) ينظر: الهداية (٢/ ٣/ ٣٨).
(٨) في (و): (وعاء).
(٩) ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٣٦-٣٧) .
(١٠) (الخانية): ساقطة من (هـ).
(١١) في (و): (المعسر).
(١٢) (له): ساقط من (هـ).

(وإن رده برضاه لا) لأن الرد بالتراضي بيع في حق غيرهما والبائع[(١)] الأول غيرهما فلا يعود إلى المشتري الأول الملك المستفاد من جهة البائع الأول ليخاصمه والرد بالقضاء فسخ في حق الكل فعاد إلى المشتري الأول قديم ملكه فكان له الحق الرد على بائعه. وقال زفر: في أن يكون والإقرار [أ ٩٥ و] لا يرده، لأن الرد بهما يكون[(٢)] بيعاً جديداً إلا فسخاً في حق [ب ٩، ظ] البائع الأول، لأنه حصل بتراضيهما، لأن النكول والإقرار بالعيب سبب الفسخ ومباشرة السبب يكون رضاء بحكمه. ولنا: أن الرد حصل بالقضاء جبراً، لأن الشرع ينزله بالنكول باذلاً جبراً والقاضي ألزمه الإقرار[(٣)] استرداد المبيع جبراً فلا بد من أن يجعل[(٤)] فسخاً والنكول والإقرار ليس[(٥)] [بسبب لأن[(٦)] الفسخ لا يوجد بهما بل القضاء[(٧)] لا عن اختيار][(٨)] ولا يكون[(٩)] رضاء بالفسخ وصار كالفسخ بالبينة هكذا [ز ٦٨ ظ] ذكر[(١٠)] شمس الأئمة في المبسوط وبهذا ظهر عدم الحاجة إلى تأويل الذي ذكر صاحب الهداية بقوله معنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة واتضح فساده [د ١٤٢و] قبل[(١١)] في توجيهه أنه إذا أقر عند القاضي يكون طائعاً في أخذ المبيع ولا يكون[(١٢)] له ولاية الرد على البائع الأول **(وإن قبض مشتريه وادعى عيباً لم يجبر على وقع الثمن حتى يحلف)** من التحليف لا من [ج ٢٨ ظ] الحلفة **(بائعة أنه لا عيب أو يقيم بينة)** عطف على بائعه فيكون إقامة المشتري بينة على دعواه غاية تتعين[(١٣)] عدم الجبر [كالتحليق لعدم[(١٤)] الجبر حتى يلزم الجبر على دفع الثمن عند إقامة البينة على العيب وإنما قلنا أنه غاية لتعين عدم الجبر اذ حينئذ][(١٥)] يتحمل[(١٦)] أن لا يقبل البينة فيجبر المشتري على الدفع، ويحتمل أن يقبض فيبقى عدم الجبر كما كان، ونظير هذا قوله ﷺ: «لا تقضي لأحد الخصمين حتى تسمع

---

(١) (والبائع): مكرر في (ب).
(٢) (يكون): ساقطة من (ا).
(٣) في (ب، ج): (بألزامه).
(٤) في (ب): (نجعل). وفي (هـ): (يخيل)
(٥) في (هـ) (ليس كذلك).
(٦) (لأن): ساقطة من (ب، ج، هـ).
(٧) في (د): (بالقضاء).
(٨) مابين القوسين ساقطة من (هـ).
(٩) في (و، هـ): (فلا يكون).
(١٠) في (ب، ج، د): (ذكر).
(١١) في (هـ، ج): (ما قبل).
(١٢) في (هـ): (فلا يكون).
(١٣) في (أ): (والتعيين). وفي (هـ): (التعليق).
(١٤) في (ا، د، ج): (لا لعدم).
(١٥) ما بين القوسين: ساقطة من (هـ).
(١٦) في (هـ): (إخراج يتحمل).

كلام الآخر»[١] فإن سماع كلام الآخر غاية [هـ٢٢٨] التعيين[٢] عدم القضاء لأحدهما لعدم[٣] القضاء له حتى يتعين القضاء لأحدهما عند سماع[٤] كلام الآخر **(وعند غيبة شهوده دفع المشتري الثمن[٥] أن حلف بائعه لا عيب[٦] ولزم عيبه أن نكل البائع عن الحلف وإن ادعى إباقه إقامة بينة أولاً[٧] أنه آبق عنده ثم حلف بائعه[٨] بالله[٩] لقد باعه وسلمه وما أبق قط)** [لقائل أن يقول في هذا الوجه ترط النظر للبائع؛ لأن قوله وما أبق قط][١٠] شامل للآبق[١١] من الغاصب إذا لم يعلم[١٢] منزل مولاه أو لم يقدر على الرجوع إليه وهو ليس بعيب.

(أو بالله ما له حق الرد عليك من دعواه هذه أو بالله ما أبق عندك قط) لقائل[١٣] أن يقول فيه ترك النظر للمشتري؛ لأنه لا يتناول[١٤] الإباق من المودع، ومن[١٥] المستأجر[١٦] والمستعير والغاصب لا إلى منزل مولاه مع القدرة على الرجوع إليه مع إنه عيب، وكذا لا يشمل الإباق عند من اشترى عنه البائع وعند مورثه وواهبه مع أنه أيضا [ب٢٩و] عيب **(لا بالله لقد باعه وما به هذا العيب)** إذ[١٧] يمكن أن لا يكون العيب وقت البيع ويحدث بعد البيع قبل التسليم وحينئذٍ للمشتري حق الرد أيضاً فيتضرر بالحلف على الوجه المذكور .**(ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب)** إذ يمكن أن يؤول[١٨] البائع كلامه ويريد أن العيب لم يكن موجوداً عند البيع والتسليم معاً فيتضرر المشتري بمثل[١٩] ما مر وقد اندفع هذا الاحتمال في الصورة[٢٠] المقبولة[٢١] بعبارة قط، لأنها موضوعة لعموم

---

(١) ينظر: سنن الترمذي (٣/ ٦١٨) رقم (١٣٣١) وقال حديث حسن. سنن أبي داود (٣/ ٣٠١) رقم (٣٥٨٢). وسنن ابن ماجه (٢/ ٧٧٤) رقم (٢٣١٠). وفتح الباري (١٣/ ١٧١) وغيرها.

(٢) في (أ، و): (التعين). في (هـ): (التعليق).

(٣) في (د، هـ): (لا لعدم).

(٤) في (هـ): (سماعه).

(٥) في (و): (إلى الثمن).

(٦) في (د، هـ): (أن لا عيب).

(٧) (أولاً): لم ترد في (هـ).

(٨) في (هـ): (البائع).

(٩) (بالله): ساقطة من (هـ).

(١٠) ما بين القوسين: ساقط من (هـ).

(١١) في (أ، د، هـ، و): (للآباق).

(١٢) في (و): (لا يعلم).

(١٣) في (ب): (القائل).

(١٤) في (و): (يتناول).

(١٥) (ومن): ساقطة من (د، هـ، و).

(١٦) في (د، هـ، و): (والمستأجر).

(١٧) في (هـ): (إلى).

(١٨) في (د، هـ): (يؤل).

(١٩) (بمثل): ساقطة من (أ). وفي (هـ): (على).

(٢٠) في (و): (صورة).

(٢١) في (هـ): (المعلولة).

السلب في الماضي .**(وعند**[1] **عدم بينة** [د١٤٣ظ] **المشتري على العيب عنده يحلف بائعه عندهما أنه ما يعلم**[2] **أنه أبق عنده)** وإذا[3] نكل عن اليمين يحلف ثانياً للرد واختلفوا على قوله [و١٢ظ] لهما أن الدعوى شرط حتى يترتب عليه البينة، أو التحليف وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست[4] تصح إلا من خصم ولا يعتبر خصماً فيه إلا بعد قيام العيب، فلا يمكن إثباته بالحلف، أما البينة فقد تقام ليعير خصماً لكن لا يحلف ليعير خصماً ويشكل هذا بما قالوا في الشفقة بأن المشتري إن لم يقر بأن الشيء التي يشفع بها الشفيع[5] ولم يكن له بينة على أنها ملكه [ج٢٨و] يتحلف المشتري ما يعلم أنه ملكه، فإن نكل [أ٩٦ظ] ثبت أنها ملكه ثم ينشأ خصومة الشفعة فالتحليف في الصورة المذكورة لانشاء الخصومة.

(ولو قال البائع بعد التقابض بعتك هذا العبد مع الآخر، وقال المشتري بل هذا وحده، فقالوا له مع اليمين) لأن القول للقابض أميناً كان أو ضميناً كما في الوديعة والغصب .**(وكذا إذا اتفقا في قدر المبيع**[6] **واختلفا في المقبوض لما**[7] **مر ولو اشترى عبدين صفقة واحدة وقبض أحدهما ووجد به أو بالآخر عيباً أخذ بهما أو ردهما،** [هـ٢٢٩] **ولو قبضهما رد المعيب خاصة)** لأن الصفقة إنما تتم بالقبض وتفريق الصفقة قبل التمام لا يجوز وبعده يجوز.

(وكيلى أو وزنى قبض إن وجد ببعضه عيباً رد كله أو أخذه) لأنه [إن كان من جنس واحد فهو كشيء واحد قبل هذا][8] إذا كان في وعاء وأحد ولم[9] يكن في وعاء؛ لأن تميز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب في المعيب فيصير رداً بعيب حادث فلا يصح وأما إذا في وعائين فهو بمنزلة عبدين.

(ولو استحق بعضه) يعني بعد القبض .**(لم يرد باقيه)** لأنه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة؛ لأنه برضى العاقدين، ولو استحق قبل القبض فله حق الفسخ في الباقي لتفريق الصفقة قبل التمام .**(بخلاف الثوب)** لأن التبعيض يضره فله حق الرد [ب٣٠ظ] في الباقي .**(ومداواة المعيب**[10]

---

(١) (عند): ساقطة من (د).
(٢) في (ب): (ما يعلمه).
(٣) في (هـ): (فإذا).
(٤) في (أ، هـ): (وليس).
(٥) في (د، هـ، و): (ملك الشفيع).
(٦) في (أ): (البيع).
(٧) في (د، هـ): (كما).
(٨) ما بين القوسين: ساقط من (هـ).
(٩) في (أ ن د، هـ، و): (أو).
(١٠) في (هـ): (المبيع).

وركوبه[١] **في حاجته رضا، ولو ركب لرده أو شقيه، أو شراء علفه، فلابد**[٢] **له منه فلا، ولو قطع بعده قبضه أو قتل بسبب كان عند بائعه رده وأخذ ثمنه)** الرد في صورة القطع وأما القتل فلا رد بل أخذ الثمن ثم إن هذا عنده، وقالا: ليس له أن يرده بل [د١٤٣و] يرجع بالنقصان .**(ولو باع وبرئ من كل عيب صح وإن لم يعدها)** خلافاً للشافعي؛ لأن البراءة عن الحقوق المجهولة لا تصح عنده[٣].

وعندنا: تصح لعدم افتضائه[٤] إلى المنازعة ثم إن[٥] هذه[٦] البراءة تشمل العيب الحادث قبل القبض عندهما خلافاً لمحمد كذا في شرح الطحاوي وشرح الكافي للسرخسي[٧].

باب البيع الفاسد

الفاسد: كما يذكر في مقابلة الباطل، كذلك يذكر في مقابلة الصحيح فيراد به[٨] ما[٩] يعم الباطل، والمراد هنا هذا المعنى العام، وهو المناسب للمقام، فلا تغليبكما سبق إلى بعض الأوهام[١٠] ثم إن عقد الباب للبيع[١١] الفاسد وقد يذكر فيه بعض الصحيح تبعاً على ما ستقف عليه.

(وبطل بيع ما ليس بمال) المال: عين يجري فيه التنافس والابتذال فيخرج التراب ونحوه .**(كالدم والميتة)** التي ماتت حتف أنفها[١٢] **(والحر والبيع به، وكذا بيع أم الولد والمكاتب والمدبر)** البيع في هؤلاء باطل موقوف ينقلب جائز بالرضى في المكاتب وبالقضاء [ج٢٩ظ] في الآخرين لقيام المالية، ولذلك[١٣] فصله بقوله وكذا .**(وبيع مال غير متقوم)** التقوم على ذكر في التلويح[١٤] ضربان:

عرفي: وهو بالإحراز، بغير[١٥] المجزر كالصيد، والحشيش ليس بمتقوم.

وشرعي: وهو بإباحة الانتفاع به وهو المراد ها هنا منفياً.

---

(١) في (ج): (وركونه).
(٢) في (أ، د، هـ): (لابد). وفي (ز): (ولابد).
(٣) في (ب، ج): (البيع).
(٤) في (أ، د، هـ، و): (اقتضائه).
(٥) (إن): ساقطة من (هـ).
(٦) في (هـ): (هذا).
(٧) ينظر: المبسوط (١٣/ ٩٣).
(٨) في (ب): (بها)
(٩) (ما): ساقطة من (ب، ج).
(١٠) في (أ): (الاوتام).
(١١) في (ب، ج): (لبيع).
(١٢) في (ب): (أنفه).
(١٣) في (هـ): (وكذلك).
(١٤) ينظر: التلويح (١/ ٣٢٧).
(١٥) في (ب): (فبغير). وفي (ج): (فيعر).

(كالخمر والخنزير بالدين) [إنما قال بالدين][1] دون الثمن، لأن الدين أعم منه، والمعتبر المقابلة دون الثمن على ما أفصح صاحب الهداية[2].حيث قال[3]: وأما بيع الخمر والخنزير فإن كان قوبل الدين كالدراهم والدنانير [ز ١٦٨ و] فالبيع باطل،وإن كان قوبل بعين معين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وإن كان لايملك عين الخمر[4] **(وبيع [هـ ٢٣٠] قن ضم إلى ذكية ضمت إلى ميته وإن سمى ثمن كل)** هذا عنده، وقالا لايجوز البيع في القن والذكية عند تسمية الثمن على التفصيل ومبنى الخلاف على أن الصفقة لا يتعدد بمجرد تنصيل الثمن بل لابد من تكرر لفظ العقد عنده خلافاً لهما .**(وصح في قن[5] ضم إلى مدبر أو قن غيره بحصته)** [أ ٩٦ و] لأن المدير محل للبيع عند البعض فيدخل في العقد ثم يخرج فيكون البيع بالحصة في البقاء دون الابتداء وفائد ذلك تصحيح [ب٣٠ و] كلام[6] العامل مع رعاية حق المدير**(كملك ضم إلى وقف في الصحيح، وفسد بيع [د١٤٤ ظ] عين عرضاً)**،كان أو غيره والعرض هو المتاع القيمي **(بالخمر وعكسه)**حتى يملك العين بالقبض ويجب قيمية [لكن لا يملك الخمر][7] لبطلان البيع فيه **(ولم يجز بيع سمك لم يصد)**، عدم الجواز ها هنا بمعنى البطلان لعدم الملك وفيا ذكره بقوله**(أو صيد[8] وألقى في حظيرة لايؤخذ منها[9] بلا حيلة)** بمعنى الفاسد للعجز عن التسليم **(وصح أن أخذه[10] بلا حيلة إلا إذا دخل بنفسه ولم يسد مدخله)**. أما لو سد مدخله فيجوز،لأن السد منه موجب للملك **(ولابيع طير في الهواء)** هذا نظير بيع السمك على الوجه المذكور **(وبيع الحمل والنتاج)** أي نتاج الحمل وهذا البيع باطل، لأن البيع معدوم أو[11] مشكوك **(واللبن في الضرع)** لأنه مشكوك الوجود فلا يكون مالاً[12].

(وفي القدح أن كان لامرأته) لأنه من إجراء الآدمي والرق غير نازل فيه، فلا

---

(١) مابين القوسين ساقطة من (و).
(٢) ينظر : الهداية ٣/ ٤٢.
(٣) (قال) ساقطة من (أ) .
(٤) وجه الفرق :ان الخمر مال،وكذا الخنزيرمال عند أهل الذمة لأنه غير متقدم لما أن الشرع أمر باهانته وترك المزازره وفي تملكه بالعقد مقصوداً إعزار له . الهداية ٣/ ٤٢.
(٥) في (هـ) وفي (قن).
(٦) في (ب) (كلا).
(٧) ما بين القوسين ساقطة من (هـ).
(٨) (صيد) ساقط من (ب، ج).
(٩) (منها) ساقطة من (ب، ج) .
(١٠) في (أ،هـ) (أخذ).
(١١) (أو) ساقطة من (هـ).
(١٢) لأن اللبن لايجمع في الضرع وقفه واحدة بل شيئاً فشيئاً فيختلط المبيع لغيره على وجه يتعذر التميز بينهما فكان المبيع معجوز التسليم عند البيع فلا ينعقد. =

يكون ملكاً وفيه خلاف الشافعي[١] مطلقاً، ولأبي[٢] يوسف إن كانت أمة اعتباراً للجزء بالكل[٣] **(والصوف على ظهر الغنم)** قال في شرح الفحاوي: لو باع شيئاً ظاهراً متصلاً بغيره إن لم يكن في تميزه ضر للبائع، ولغيره[٤] جاز البيع إلا الصوف على ظهر الغنم، فإنه لا يجوز فيه استحساناً لخبر عبد الله [و١٢١ظ] بن عباس [رضي الله عنه][٥] [أنه عليه السلام][٦] «نهى عن ذلك»[٧]، والقياس أن يجوز **(وجذع في سقف)** يعني الجذع المعين؛ [لأن غير المعين][٨] بيعه لا يعود صحيحاً، ذكره الزاهدي[٩] في شرح القدوري[١٠] **(وذراع من ثوب)** أطلقه [ج٢٩و] كما في الهداية[١١]، ولم يقيده بما[١٢] يضره التبعيض لأن الحاجة إليه[١٣] الكرباس[١٤]، وأما[١٥] الثوب فلا يخلو تبعيضه عن ضرر .**(ذكر قطعة أولاً)** فإن البيع فيها فاسد .**(ويعود صحيحاً إن قلع الجذع، أو قطع الذراع قبل فسخ المشتري)** لزوال المفسد قبل تفرزه .**(وضربة القانص)**[١٦] وهي ما يحصل من

= ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٣٤٢). الهداية (٣/ ٤٣). ومجمع الأنهر (٢/ ٥٥).

(١) مصدر الشافعي: يراجع مختصر المزني ص٩٠.

(٢) في (هـ)، (وأبي).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٨). وبدائع الصنائع (٤/ ٣٣٨).

(٤) في (أ، د، هـ، و): (ولا لغيره).

(٥) عبارة (رضي الله عنه): ساقطة من (و).

(٦) عبارة (أنه عليه السلام): ساقطة من (هـ).

(٧) الحديث: ينظر: سنن البيهقي (٥/ ٣٤٠) رقم (١٠٦٣٩). والدارقطني (٢/ ١٤) رقم (٤٠). والدراية (٢/ ١٤٩).

(٨) ما بين القوسين: ساقط من (و).

(٩) الزاهدي: هو الإمام نجم الدين مختار بن محمود الزاهدي الحنفي المتوفى سنة (ثمان وخمسين وستمائة للهجرة) وهو شرح نفيس في ثلاث مجلدات واسمه المجتبى في شرح القدوري، ويوجد في المكتبة القادرية ببغداد تحت رقم (٢٤٠س مخطوطات). ينظر: كشف الظنون (٢/ ١٦٣١). والمجتبى في شرح القدوري للزاهدي في المكتبة القادرية تحت رقم (٢٤٠س) ص١٣٠ [١٣٠ظ] سطر ٢٥.

(١٠) ينظر: المجتبى في شرح القدوري في المكتبة القادرية تحت رقم (٢٤٠س) ص١٣٠ سطر ٢٥.

(١١) ينظر: الهداية (٢/ ٣/ ٤٤).

(١٢) (بما): ساقطة من (ب، ج).

(١٣) (إليه): ساقط من (و).

(١٤) الكرباس: فارس معرب بكسر الكاف، والكرابسة: اخص منه، والجمع كرابيس وهي ثياب خشنة ينظر: الصحاح للجوهري (٣/ ٩٧٠).

(١٥) في (و): (أما).

(١٦) القانص: وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة، لأنه مجهول ولأن فيه فرزا. ينظر: الهداية (٣/ ٤٤).

الصيد بضرب الشبكة مرة عدم الجواز ها هنا بمعنى البطلان.

(والمزاينة: وهي بيع التمر على النخل بتمر مجذوذ مثل كيله [طرحاً) أي يكون التمر على النخيل مثلاً بطريق الخرص[1] لكيل التمر المجذوذ][2] وفساد البيع [في هذه الصورة][3] بشبهة الربا[4] **(والملامسة وإلقاء الحجر والمنابذة وهي أن يتساوما سلعة[5] لزم البيع إن لمسها المشتري أو وضع عليها حصاة أو نبذها البائع إليه)** وفساد البيع في هذه الصورة لوجود القمار .**(ولا المرعى)** أي الكلاء. **(ولا إجارته)**[6] [هـ١٢٣١] [د١٤٥و] أما بطلان بيعه فلعدم الملك، وأما بطلان[7] إجارته[8] فلأنها على استهلاك [ب٣١ظ] عين .**(وإلا النخل)** لأنه ليس بمال[9] لعدم الانتفاع بعينه، وقال محمد والشافعي[10]: يجوز إذا كان محرزاً[11] **(إلا مع الكوارة)** يعني: إذا كان فيها عسل؛ لأن صحة بيعه مشروط به والكوارة بالضم والتشديد معتسل النحل إذا سوى من طين .**(ودود القز، وبيضه)** بيعها باطل عنده[12][13] وعند أبي يوسف: يجوز إن ظهر القز.

وعند محمد: يجوز مطلقاً[14].

---

(١) في (ج): (المخرص).

(٢) ما بين القوسين: ساقط من (هـ).

(٣) ما بين القوسين: ساقط من (ب).

(٤) في (أ): (الشبهة). وفي (هـ): (وفي هذه الاحتمال الربا).

(٥) في (أ، و): (يتساوم ما بسلعة).

(٦) (ولا اجارته): مكررة في (هـ).

(٧) (واما بطلان): ساقطة من (هـ).

(٨) في (هـ): (وإجارته).

(٩) في (ب، ج): (بمالًا).

(١٠) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٨). وفتح القدير (٦/ ٤١٩). والبحر الرائق (٥/ ٢٨٠). وابن عابدين (٥/ ٥٨). والمهذب (١/ ٢٦٥). وروضة الطالبين (٣/ ٣٥٠). ومغني المحتاج (٢/ ١٣). والمجموع (٩/ ٣٠٤). وقال في البدائع: روى هشام عن محمد، أنه يجوز بيعه منفرداً من غير كوارته إذا كان مجموعاً وهو قول الشافعي رحمه الله لأن النمل حيوان منتفع به فيجوز بيعه. البدائع (٤/ ٣٣٦).

(١١) في (ب): (حرزاً).

(١٢) في (و): (عند أبي حنيفة).

(١٣) (في البيض): عن أبي يوسف قولان:
قول: يجوز بيع بيضه مطلقاً لمكان الضرورة، وهو مع محمد.
وفي قول: لا يجوز، وهو مع الإمام فيه. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٥٨). والدرر (٢/ ١٧١).

(١٤) ينظر: البدائع (٢/ ٣٣٦). والاختيار (٢/ ٢٧٧).

(والآبق) للعجز عن تسليمه وفي انعقاد بيع الآبق روايتان، ومختار صاحب الهداية، عدم الانعقاد وهو ظاهر الرواية، وبه يفتي[١] أبو عبد الله الثلجي[٢] وجماعة من المشايخ إلا من هو عنده فحينئذٍ يجوز لعدم المانع[٣] **(وشعر الخنزير)** لأنه نجس العين فيبطل بيعه[٤] **(وإن حلّ الانتفاع به الخرز[٥] ضرورة[٦]، ولا شعر الآدمي والانتفاع به)[٧]** كرامة له .**(ولا جلد الميتة قبل دبغه)** لأنه ليس بمال وإنما يحصل المالية بصنع مكتسب **(وإن صح بيعه والانتفاع[٨] به، كعظمها، وعصبها، وصوفها، وشعرها، ووبرها)** الشعر للإنسان وغيره والصوف للغنم والوبر للإبل.**(وقرنها)** إنما يصح[٩] بيع[١٠] هذه الأشياء والانتفاع بها؛ لأن الموت لم يحل فيها **(والفيل كالسبع حتى** [أ ٦٩ظ] **يجوز بيع عظمه والانتفاع به خلافاً لمحمد)** فإنه كالخنزير عنده .**(ولا بيع علو بعد سقوطه)** إذ بعد السقوط لم يبق إلا

---

(١) في (هـ) (أفتى).

(٢) هو : أبو عبد الله الثلجي تفقه على الحسن بن أبي مالك والحسن بن زياد كان فقيه أهل العراق في وقته والمقدم في الفقه والحديث كان شديد الورع والعبادة توفي ٢٦٧هـ، من مصنفاته تصحيح الآثار، وكتاب الانوار، وكتاب الرد على المشبهة وغيرها، وله ميل إلى مذهب المعتزلة، ينظر: الفوائد البهية (ص١٧١).

(٣) وهو قول الإمام ومحمد، رجح في الفتح القول بالفساد. ينظر: الهداية (٣/ ٤٦). ومجمع الأنهر (٢/ ٥٨). وذكر الكرخي رحمه الله أنه ينعقد بيع الآبق حتى لو ظهر وسلم يجوز ولا يحتاج إلى تجديد البيع إذا كان القاضي فسخه بأن رفعه المشتري إلى القاضي فطالبه بالتسليم وعجز عن التسليم ففسخ القاضي البيع بينهما ثم ظهر العبد. ينظر: البدائع (٤/ ٣٤١).

(٤) في (ب، ج): (بيعه معه).

(٥) الخرز: مصدر خرز وغيره فيستعمله الخفاف في زمانهم، وكذا تستعمله النسوان لتسوية الكتان؛ لأن غيره لا يعمل عمله، وعلى هذا قيل إذا لم يوجد إلا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع، وقيل هذا إذا كان متنوفاً فالمقطوع يكون طاهراً.
ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٥٩). وقال في حاشية (الدر المنتقى): قلت ولعل هذا في زمانهم وأما في زماننا فلا ضرورة بل لا حاجة كما لا يخفى. (٢/ ٥٩).

(٦) (ضرورة): لم ترد في (ب).

(٧) وعن محمد: أنه يجوز الانتفاع به استدلالاً بما روي أنه عليه الصلاة والسلام حين حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه رضي الله عنهم وكانوا يتبركون به، ولو لم يجز الانتفاع به لما فعل، لكن فيه ما فيه تتبع. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٥٩). وتبيين الحقائق (٤/ ٥١).

(٨) في (أ، ب): (أو الانتفاع).

(٩) في (هـ): (صح).

(١٠) (بيع): لم ترد في (أ، ب، ج، د).

حق التعلي[١] وهو ليس بمال .**(وبيع المسيل وهبته وصحا)** أي البيع والهبة.

(والهبة في الطريق)[٢] قيل: إن أريد به رقبة المسيل والطريق[٣] فمقدار ما يشغله[٤] الماء[٥] مجهول[٦] فلا يجوز البيع والهبة وأما الطريق فمعلوم، وإن لم يبين مقدر بعرض[٧] باب الدار فيجوز فيه[٨] البيع والهبة، وإن أريد حق المسيل[٩] فإن كان على الأرض فمجهول طاهر، وإن [و١٢١و] كان على[١٠] الأرض فهو حق التعلي [ج ٣٠ظ] متعلق[١١] بعين لا يبقى[١٢] وحق المرور فيه روايتان:

وجه البطلان: أنه ليس بمال.

ووجه الصحة: الاحتياج إليه، وهو حق معلوم متعلق بعين باق.

(وبيع شخص على أنه أمة[١٣] **وهو عبد)**[١٤] بخلاف ما إذا باع كبشاً وهو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير[١٥]. ومبنى الفرق على أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان للتفاوت الفاحش في الأغراض، وفي الحيوانات: جنس واحد لقلة التفاوت فيها وإن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا ففي مختلفين الجنس [د١٤٦ظ] يتعلق[١٦] العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه، وفي متحدي[١٧] الجنس يتعلق بالمشار إليه، وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف .**(وشراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد ثمنه الأول)**[١٨] لأن الثمن لم يدخل في ضمان البائع[١٩] قبل قبضه فإذا عاد إليه عين ماله بالصفة التي

---

(١) حق التعلي: ليس بمال؛ لأن المال ما يمكن إحرازه، والمال هو المحل للبيع، بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات، ومنفرداً في رواية، وهو اختيار مشايخ (بلخ)؛ لأنه حفظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف، وله قسط من الثمن. ينظر: الهداية (٣/ ٤٧).

(٢) ما بين القوسين: لم يرد في (هـ).

(٣) في (و): (والفريق).

(٤) في (ب، ج): (فمقدار ما يشغله).

(٥) في (هـ): (الماء فيه).

(٦) في (ب): (المجهول).

(٧) في (هـ): (فمقدار عرض).

(٨) (فيه): لم ترد في (ب، ج). وفي (هـ): (به).

(٩) في (ج، د، هـ، و): (التسيل).

(١٠) (على): لم ترد في (أ، ب، ج، و).

(١١) في (ب، ج): (تعلق).

(١٢) في (ب، ج، و): (لا يبق).

(١٣) في (و): (أنه أمة وهو أمته).

(١٤) في (ج): (عبيد).

(١٥) في (و): (والتخير).

(١٦) في (ج): (يتعقد). وفي (هـ): (تعليق).

(١٧) في (هـ): (متفقي).

(١٨) صورتها: باع جارية مثلاً بألف حالة أو نسيئة فقبضها المشتري ثم اشتراها البائع من المشتري قبل نقد الثمن الأول بالأمل فالبيع الثاني فاسد عندنا، وقال الشافعي يجوز، وهو القياس؛ لأن الملك فيه قد تم بالقبض، فيجوز بيعه بأي قدر كان من الثمن كما إذا باعه من غير البائع أو منه بمثل الثمن الأول أو بالأكثر أو ببعض أو بأقل بعد النقد، وإنما منعنا جوازه استدلالاً بقول سيدتنا عائشة رضي الله عنها مع زيد بن الأرقم. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٦٠-٦١).

(١٩) في (و): (البائع يبيع).

خرج بها[(١)] ملكه، وصار بعض الثمن قصاصاً ببعض بقي له عليه فضل بلا عوض، فكان ذلك ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص بخلاف ما إذا اشتراه [هـ٢٣٢] بأكثر من الثمن الأول؛ لأن الربح حصل فيه للمشتري بعدما دخل المبيع في ضمانه. وعند الشافعي يجوز الأول أيضاً.

(وشراء ما باع من شيء لم يبعه بثمنه الأول [قبل نقد ما باع)[(٢)]؛ لأنه لابد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة الذي لم يشتر فيه فيكون مشترياً للآخر][(٣)] **(وصح فيما لم يبع)** إذ لا مفسد فيه[(٤)]، ولا يشيع[(٥)] الفساد؛ لأنه ضعيف لمكان[(٦)] الاجتهاد فيه[(٧)] وأمر المسلم عطف على الضمير المتصل في قوله وصح[(٨)] ويجوز هذا العطف لوجود الفصل **(بيع خمراً أو خنزير وشرائهما ذمياً، وأمر المحرم غيره بيع صيده)** هذا عندنا، وقالا: لا يجوز؛ لأن المؤكل لا يليه فلا يولى غيره، وله أن العاقد يتصرف بأهلية وانتقال الملك إلى الآمر حكمي[(٩)].

(والبيع بشرط العقد يقتضيه[(١٠)] ولكن يلائمه [كالفيل والرهن بالثمن أو لا يلائمه، ولكن ورد الشرع لجوازه][(١١)] **كالأجل والخيار)** فإنه لا يفسد العقد[(١٢)]؛ لأنه لما ورد الشرع به دل على أنه من باب المصلحة في البيع، فكان ملائماً[(١٣)]،

---

(١) في (أ): (عليها). وفي (ب، ج): (من).

(٢) صورته: اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن الأول، فالبيع فاسد في التي اشتراها من البائع، وصحيح في التي اشتراهامنه إذ لابد يجعل بعض الثمن بمقابلة التي يشتريها منه فيكون مشتريا للأخرى بأقل مما باع وهو فاسد فلم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا تشيع الفساد؛ لأنه باعتبار شبهة الربا، فلو اعتبرت فيما ضمنت إليها كان اعتبار الشبهة لشبهته وهي غير معتبرة. ينظر: الدرر (٢/ ١٧٢).

(٣) ما بين القوسين: لم يرد في (ب).

(٤) (فيه): لم ترد في (أ).

(٥) في (هـ، و): (ولا يسبع).

(٦) في (د، هـ، و): (لكان).

(٧) (فيه): لم ترد في (أ).

(٨) (وصح): مكرر في (أ). وفي (هـ): (وصح يصح).

(٩) لأبي حنيفة - رحمه الله تعالى- : أن الوكيل أصل لنفس التصرف، والموكل حكم التصرف ألا ترى أنه يملك الخمر والخنزير بالإرث، بأن كان لذمي فأسلم فمات قبل أن يسيب الخنزير ويخلل الخمر يرثه ورثته المسلمون، وكذا إذا تخمر عصيره يبقى على ملكه.
ينظر: الهداية (٣/ ٤٨). وتبيين الحقائق (٤/ ٥٧).

(١٠) في (ب، ج): (يقتضيه العقد).

(١١) ما بين القوسين: لم يرد في (أ).

(١٢) في (هـ): (والنقد).

(١٣) في (أ): (في البيع فكان ملائماً).

[هذا التفصيل على وفق ما في الذخيرة][١].

(أو[٢] **لا يقتضيه ولا يلائمه [ولم يرد به الشرع ولكن]**[٣] **لا نفع**[٤] **فيه لأحد يستحقه)** سواء لم يكن نفع لأحد أصلاً **(كشرط أن لا يبيع [الدار المبيعة أو يكون نفع لمالاً**[٥] **يستحقه، كشرط أن لا يركب الدابة المبيعة)** لم يقل أن لا يبيع][٦]؛ لأن عدم لبس نفع في حقها بخلاف عدم الركوب[٧].

(وفيه[٨] **نفع لأحدهما، إلا أنه متعارف كما إذا اشترى [على أن يحذوه البائع]**[٩] **نعلاً أو يشركه)** أي يجعل للنعل[١٠] شراكاً فإنه جائز استحساناً للتعامل، وكان مقتضى القياس أن لا يصح .**(بخلاف شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحد العاقدين أو لمبيع يستحقه)** أي يستحق النفع بأن يكون آدمياً فظهر[١١] [ج٣٠و] ها هنا وأجمل فيما سبق حيث اقتصر على [و١٢٢ظ] لأحد احترازاً[١٢]قوله في كل من الموضعين عن محلّ الخلاف فظهر فساد ما قيل أن قوله ولا نفع فيه لأحد أراد به لأحد العاقدين[١٣] والمبيع المستحق للنفع.

(كشرط [د١٤٦و] أن يقطعه البائع ويخيط قباء)[١٤] مثال لما فيه نفع المشتري.

(أو يستخدمه[١٥] **شهراً)** مثال لما فيه نفع للبائع أو يعتقه أو يدبره، أو يكاتبه[١٦]، مثال لما فيه نفع للمبيع المستحق له .**(فلا يجوز)** تفريع على قوله. **(بخلاف شرط طرح لا يقتضيه بيع زيت على أن يوزن بظرف ويطرح عنه بظرف وكذا أرطالاً)** لأن مقتضى العقد أن يطرح [أ٩٧و] بإناء الظرف مقدار وزنه[١٧] كما في المسألة التي ذكرها بقوله .**(بخلاف شرط طرح وزن**[١٨] **الظرف عنه، وإن اختلفا في نفس الظرف وقدره)** بأن اشترى زيتاً في زق ورد الظرف وهو عشرة

---

(١) ما بين القوسين: لم يرد في (أ).
(٢) في (أ): (لو). وفي (ب): (ولا).
(٣) ما بين القوسين: لم يرد في (أ).
(٤) في (أ): (ولا نفع).
(٥) في (أ): (لمن).
(٦) ما بين القوسين: لم يرد في (هـ).
(٧) في (أ): (المركوب).
(٨) في (أ، ج، هـ): (أو فيه).
(٩) ما بين القوسين: لم يرد في (هـ).
(١٠) في (و): (النعله).
(١١) في (ب): (فضل). وفي (ج): (فقل). وفي (هـ): (وظهر).
(١٢) في (ب، ج): (لاحتراز).
(١٣) في (ب، ج): (المتعاقدين).
(١٤) قباء أو القباء: ثوب يلبس فوق الملابس أو القميص.
(١٥) في (ب، ج، و): (ويستخدمه).
(١٦) (أو يكاتبه): لم ترد في (أ).
(١٧) في (ب): (وخزنه).
(١٨) في (ب، ج): (وزن لا يقتضيه).

أرطال، وقال البائع: الزق[١] غير هذا وهو خمسة أرطال. **(فالقول للمشتري)** مع يمينه **(وبيع أمة إلا حملها)** لأنه من توابعها فيدخل في المبيع تبعاً له، فاستثناؤه[٢] من العقد شرط لا يقتضيه العقد بل ينافي مقتضاه، وفيه نفع للبائع فيكون مفسداً. **(وإلى النيروز)**[٣] [هـ٢٣٣] [إذا لم يبنيا [ز١٧١و] نيروز المجوس أو نيروز السلطان فالعقد فاسد من الذخيرة][٤] **(والمهرجان[٥] وصوم النصارى وفطر اليهود وإن لم يعرف أحدهما[٦] ذلك[٧] وقدوم الحاج، والحصاد، والدياس، والقطاف)** هو على ما ذكر في المغرب[٨] قطع العنب خاصة. **(والجزاز[٩] وهو على ما ذكر في الصحاح قطع[١٠] الزرع والنخل والصوف والشعر. (ويكفل إليها)** إلى هذه الأوقات لأن الجهالة اليسيرة محتملة في الكفالة. **(وصح)**[١١] أي يصير البيع صحيحاً، خلافاً لزفر والشافعي[١٢]. **(لإن أسقط الأجل)** في الصورة المذكورة.

---

(١) في (و): (الرق). (٢) في (د، و): (واستثناؤه).

(٣) النيروز: أصله بالفارسية نيع روز، وتفسيره: جديد يوم، وهو أول السنة، لكنه عند الفرس عند نزول الشمس في برج الحمل وابتداء الربيع، وعند القبط أول توت.
ينظر: لسان العرب (٥/ ٤١٦). والمصباح المنير (٢/ ٥٩٩). والقاموس المحيط (١/ ٦٧٧).

(٤) ما بين القوسين: لم يرد في (أ).

(٥) المهرجان: عيد للفرس، وهي كلمتان: مهر وزان حمل وجان، لكن تركبت الكلمتان حتى صارتا كالكلمة الواحدة ومعناها: محبة الروح، وفي بعض التواريخ كان المهرجان يوافق أول الشتاء ثم تقدم عند إهمال الكبس حتى بقي في الخريف وهو اليوم السادس عشر من مهر ماه وذلك عند نزول الشمس أول الميزان. ينظر: المصباح (٢/ ٥٨٣).

(٦) المذكور من النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود؛ لأن النيروز والمهرجان لا يتعينان إلا بظن وممارسة بعلم النجوم، فربما يقع الخطأ فيكون مجهولاً فيؤدي إلى النزاع، وكذا صوم النصارى وفطراليهود يكونان مجهولان؛ لأن النصارى يبتدؤون ويصومون خمسين يوماً فيفطرون فيوم صومهم مجهول، وأما فطرهم بعدما شرعوا في صومهم فمعلوم فلا جهالة فيه ولا فساد، واليهود يصومون من أول الشهرإلى تمام عشرين من شهر آخر ثم يفطرون فيوم صومهم وفطرهم مجهول لاختلافهما باختلاف عدة شهر، هذا إذا لم يعرف العاقدان هذه الآجال، وكذا إذا لم يعرف أحدهما، أما إذا كان ذلك معلوماً عندهما فيجوز البيع لعدم النزاع. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٦٣-٦٤).

(٧) في (و): (وذلك).

(٨) ينظر: المغرب (٢/ ١٨٧).

(٩) الجزاز: وهو جز الصوف، وكذا الجذاذ، وهو بالذال المعجمة: عام في قطع الثمار، وبالمهملة: خاص في النخل والحصاد. ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٥٩).

(١٠) (قطع): لم ترد في (ب، ج). (١١) (وصح): لم ترد في (أ).

(١٢) ينظر: الهداية (٣/ ٥٠). والأم (٣/ ٩٦). والوسيط (٣/ ٤٢٦). ومغني المحتاج (٢/ ٩٠).

(قبل حلوله وفسخ العقد) بسبب الفساد .(قبل الاختراق)[١] قال في شرح الطحاوي: لو تفرقا قبل الإسقاط تأكد الفساد ولا ينقلب إلى[٢] الجواز.

البيع الفاسد

[فصل في أحكامه]

(وإن قبض المشتري المبيع بيع فاسداً) شرع في أحكام البيع الفاسد، وأما البيع الباطل فلا يفيد حكماً، فإن هلك المبيع بيعاً باطلاً في يد المشتري قيل أمانة ويضمن بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء .(بإذن بائعه) إنما ذكر الإذن دون الرضاء، لا عبرة برضائه في البيع الفاسد على ما سقف عليه في كتاب الإكراه.

(صريحاً أو دلالة كما إذا قبض في مجلس عقده ولم ينهه) ذكره محمد في الزيادات إنما شرط القبض لا يفيد الملك قبله وقيد البيع بالفاسد؛ لأن الباطل [د١٤٧ظ] لا يفيد الملك أصلاً، ولم يذكر شرط المالية في العوضين لعدم الحاجة إليه، لأن فساد البيع لا يوجد بدون الشرط المذكور لا يقال إنه يوجد بدونه فيما إذا باع وسكت عن ذكر الثمن؛ [لأن أحد العوضين حينئذٍ القيمة، وهي مذكورة حكماً صرح به في الذخيرة [ج١٣ظ] على أن الشرط وجود المال في العوضين لا ذكره] .(ملكه ولزمه) يعني بعدما تعذر الفسخ [و١٢٢و] بهلاك المبيع أو بخروجه عن ملك المشتري .(مثله [ب٣٢و] حقيقة) إن كان المبيع من ذوات الأمثال .(أو معنى) وهو القيمة إن كان من ذوات القيم.

(ولكل منهما فسخه) ما دام في ملك المشتري .(قبل القبض مطلقاً) أي كيف ما كان الفساد .(وكذا بعده إن كان الفساد في طلب العقد) أي في أحد العوضين [ز١٧٢ظ] (كبيع درهم بدرهمين وإن كان بشرط زائد كشرط أن يُهدي له هدية) فلمن له الشرط يعني حق الفسخ لا يكون إلا لمن له الشرط خاصة، دون من عليه [خاصة دون من عليه] ذكره في شرح الطحاوي، ولاية الفسخ حينئذٍ لصاحب الشرط لصاحبه؛ [لأن الفساد يكون محتملاً للحذف والإسقاط لا يكون قوياً، فيظهر في حق صاحب] الشرط، ويؤثر في سلب اللزوم في حقه، لا في حق صاحبه، ولم يحك خلافاً، وبه أخذ صاحب الهداية، إلا أنه لم يصب في تعليله حيث قال: لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط؛ لأن ذلك على تقدير عدم

---

(١) في (و): (للافتراق).

(٢) (إلى): لم ترد في (أ، ب، ج).

التزام الآخر للشرط والحكم عام، وذكر الكرخي الاختلاف فقال: في قولهما يملك كل واحد الفسخ، وهو قول محمد حق الفسخ لمن له الشرط خاصة، ويوافقه ما في الذخيرة والتجريد والإيضاح، وبه أخذ صاحب الكافي [هـ٢٣٤] يعني هنا احتمال آخر: وهو أن يكون الفساد الشرط زائد، ومن له الشرط غير العاقدين [وينتظمه تصوير قاضيخان المسألة في فتاواه].

(فإن باعه المشتري، أو وهبه وسلمه[١]**، أو أعتقه صح وعليه قيمته** [أ٩٨ظ] **أو مثله)** نص عليه في شرح الطحاوي[٢] **(وسقط حق الفسخ)** لتعلق حق العبد بالبيع الثاني، ونقض الأول لحق الشرع، وحق العبد مقدم[٣] لحاجته .**(ولا يأخذ البائع)** أي: لا يأخذ المبيع بعد الفسخ .**(حتى يرد ثمنه)** لأنه محبوس بالثمن بعد الفسخ .**(فإن مات هو)** أي: البائع[٤] بعدما[٥] فسخ البيع .**(فالمشتري أحق به حتى يأخذ ثمنه)** ولا يكون أسوة لغرماء البائع .**(وطاب للبائع ربح ثمنه بعد التقابض لا للمشتري ربح مبيعه فيتصدق به)** والأصل فيه أن المال نوعان:

نوع: لا يتعين في العقود كالدرهم [د١٤٧و] والدنانير.

ونوع: يتعين كالعروض[٦] والخبث[٧] أيضاً نوعان:

أحدهما: باعتبار عدم الملك.

والثاني: لفساد[٨] الملك، والخبث باعتبار الملك كما في المغصوب يوجب الخبث فيما يتعين[٩]، وشبهه فيما لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن ما لا يتعين بالتعيين[١٠] لا يتعلق للعقد [بل به يتعلق بما][١١] في الذمة وإنما هو وسيلة من وجه فيوجب شبهة الخبث والشبهة معتبرة فلا جرم انعدم الطيب لعدم الملك في المالين [ب٣٣ظ] جميعاً، والخبث لفساد الملك يورث الشبهة فيما يتعين[١٢]؛ لأن الخبث لفساد الملك أدنى من الخبث لعدم [ج٣١و] الملك،

---

(١) في (أ): (أو سلمه).

(٢) في (د، هـ): (شرح الطحاوي فيها: أي في البيع والهبة [وثمنه في الأخير] أي في العتق خلافاً للإمامين).

(٣) (مقدم): لم ترد في (ب، ج).

(٤) في (ب): (للبائع). وفي (و): (بائع).

(٥) في (ب، ج): (بعد).

(٦) في (ب، ج): (كالقروض).

(٧) في (أ): (كالخشب).

(٨) في (ب، ج): (بفساد).

(٩) في (ب، ج): (يتقنت).

(١٠) (بالتعيين): لم ترد في (ب).

(١١) ما بين القوسين: لم يرد في (ب، ج).

(١٢) (فيما يتعين): لم ترد في (و).

ويورث شبهة الشبهة[١] ليست بمعتبرة[٢] فلا يعتد به فلهذا[٣] [تصرف الذي أخذ المبيع بالربح ولم][٤] يتصدق الذي أخذ الثمن به[٥].

(كما طاب ربح مال ادعاه فقضي)[٦] أي: قضى المدعى[٧] عليه ذلك **(المال[٨] ثم ظهر عدمه)** أي: عدم وجوب المال عليه[٩] **(بالتصادق)** لأن المال المقضي[١٠] بدل الدين الذي[١١] هو حق المدّعي، والمدعي[١٢] باع دينه بما[١٣] أخذ فإذا تصادقا على عدم الدين صار كأنه استحق ملك البائع وبدل المستحق مملوك ملكاً فاسداً، فيكون البيع في حق البدل بيعاً فاسداً فلا يؤثر الخبث فيما لا يتعين بالتعيين .**(ولو بنى داراً شراها فاسداً لزمه قيمتها)** هذا عنده، وعندهما: ينقض البناء[١٤] **(وشك[١٥] أبو يوسف في حفظ[١٦] الرواية عن أبي حنيفة فيها)** أي في المسألة[١٧] المذكورة، وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة.

[فصل فيما يكره]

(وكره النجس) بفتحتين ويروى بالسكون وهو أن يزيد في[١٨] الثمن ولا يريد الشراء ليرغب[١٩] غيره إلا إذا زاد إلى تمام قيمته فإنه محمود إليه[٢٠] غير مذموم، ذكره في شرح الطحاوي .**(والسوم على سوم غيره إذا رضيا بثمن)** وأما قبل ذلك

---

(١) في (ب، ج): (الشبهة). وفي (د، هـ): (لشبهة فيما لا يتعين وشبهة الشبهة فلهذا تصدق الذي أخذ).

(٢) في (ب، ج، هـ): (معتبرة).

(٣) في (ب، هـ): (فلهما).

(٤) ما بين القوسين: لم يرد في (أ).

(٥) (به): لم ترد في (هـ).

(٦) في (ب، ج): (فقضى).

(٧) في (ب، ج): (مدعي).

(٨) في (ب): (مال).

(٩) (عليه): لم ترد في (ب، ج).

(١٠) في (ب): (مقضى). وفي (ج): (المقتضى).

(١١) (الذي): لم ترد في (أ، ب، ج).

(١٢) (والمدعي): لم ترد في (أ، ب، ج).

(١٣) في (ب، ج): (بمال).

(١٤) في (ب، ج): (البقاء).

(١٥) شك: حفظ، وهذه من المسائل التي أكثر أبي يوسف روايتها عن أبي حنيفة، فإن أبا يوسف قال لمحمد: ما رويت لك عن أبي حنيفة أنه يأخذها بقيمتها، بل رويت أنه ينقض البناء، وقال محمد: بل رويت الأخذ بالقيمة لكن نسيت. فشل أبو يوسف في روايته عن أبي حنيفة ومحمد لم يرجح ذلك، وحمله على نسيان أبو يوسف، فإنه ذكر في كتاب الشفعة أن المشتري إن اشترى شراءً فاسداً إذا بنى فيها فللشفيع الشفعة عند أبي حنيفة، وعندهما لا شفعة له، وهذا يدل على انقطاع حق البائع ببناء المشتري عند أبي حنيفة..

(١٦) في (أ): (حق).

(١٧) (المسألة): لم ترد في (ب، ج).

(١٨) في (ب): (عن).

(١٩) (ليرغب): لم ترد في (ب، ج).

(٢٠) (إليه): لم ترد في (أ، د، هـ، و).

فلا بأس[١] لغيره أن يشتريه[٢] بأزيد، لأن هذا بيع[٣] فمن يزيد ففي القيد المذكور دلالة على عدم[٤] [هـ٢٣٥] الكراهة في بيع يزيد.

(وتلقي الجلب المضر بأهل المصر) الجلب المجلوب، فإنه إذا قرب من البلد يكره استقباله وشراؤه شمه، لأنه ﷺ «نهى أن يتلقى السلع حتى يدخل الأسواق» رواه الطحاوي في شرحه .(وبيع الحاضر للبادي) الأصل فيه ما حدث البخاري في صحيحه بإسناده إلى عبد الله بن طاووس عن أبيه عن ابن عباس [قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تلقوا الركبان، ولا يبيع حاضراً لبادي» فقلت لابن عباس] ما قوله: لا يبيع حاضراً لبادي؟ قال: لا يكون [د١٤٨ظ] له سمسار. وقال ﷺ في حديث آخر رواه صاحب السير «وزروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض» بمعنى (طمعاً في الثمن الغالي زمان القحط) صورته أن يتربص الحضر سلعة البدوي بأن يقول البلدي للبدوي دع سلعتك لا يبيعها لكن بثمن غالٍ ويحبسه عنده إلى أن يقال في ثمنه فيفوت الربح والرزق على الناس (والبيع عند أذان الجمعة) [لقوله (وذروا البيع) وفيه نظر] وقد ذكر الأذان المعتبر في كتاب الصلاة .(وتفريق صغير عن رحم محرم) هذا عندنا [ب٣٣و]، وعن أبي يوسف، أنه يفسد البيع في قرابة [أ٩٨و] الولادة ويجوز في غيره، وعنه أنه يفسد في الجميع .(بلا حق مستحق) فلو كان حق مستحق كدفع أحدهما بالجناية والرد بالعيب لا يكره.

باب الإقالة

(هي فسخ في حق العاقدين بيع[٥] في حق غيرهما) فائدة كونها بيعاً في[٦] غيرهما وجوب الشفعة والاستبراء [ج٣٢ و] فإن الشفعة حق الشفيع والاستبراء حق الله تعالى وكل منهما غير العاقدين (وإن لم يكن جعلها نسخاً في حقهما تبطل) وعند أبي يوسف هي بيع إلا [ان لا يمكن جعلها بيعاً فيجعل فسخاً لا بيعاً][٧] إلا إذا تعذر جعلها فسخاً فتحصل بيعاً [إلا أن لا يمكن فتبطل شرط محمد في جعلها بيعاً تعذر جعلها][٨] فسخاً [وعند محمد هي فسخ إلا إذا تعذر

---

(١) (فلا بأس): لم ترد في (و).
(٢) في (و): (بغير أن يشتري).
(٣) (بيع): لم ترد في (هـ).
(٤) (عدم): مكررة في (هـ).
(٥) في (أ): (بين).
(٦) في (و): (حق).
(٧) ما بين القوسين: لم ترد في (ب، هـ، و).
(٨) ما بين القوسين: لم ترد في (أ، ز).

جعلها فسخاً فتجعل بيعاً [و١٢٣و] إلا أن لا يمكن فتبطل شرط محمد في جعلها بيعاً تعذر جعلها فسخاً لعدم امكان جعلها فسخاً، والتعذر دون عدم لا مكان، فلا إشكال][1] جعلها فسخاً، والتعذر دون عدم لا مكان، فلا إشكال في جعلها بيعاً عنده وفسخاً عند أبي حنيفة إذا تقابلا على الاكثر من الثمن الأصل فتأمل فبطلت **(بعد ولادة المبيعة بعد القبض)** لعدم الفسخ حينئذ وقالا: لا تبطل لا مكان جعلها بيعاً إنما قال بعد القبض، لأنها إذا كانت قبله تصح الإقالة عنده **(وصحت بمثل الأول، وإن شرط غير جنسه أو أكثر منه)** هذا[2] عنده بناء على أنها فسخ[3] والفسخ لا يكون إلا على الثمن الأول، وذلك الشرط شرط فاسد والاقالة لا تفسد بالشرط الفاسد فصحت[4] هي[5] وبطل[6] الشرط.

وعندها: يكون بيعاً بذلك المسمى **(وكذا في الأقل)** أي تصح الإقالة إذا تقابلا على أقل منه ويجب الثمن الأول **(إلا إذا تغيب فيجب ذلك)** أي الأقل هذا عنده وكذا عند أبي يوسف يكون بيعاً بالأقل بناءً على إنها بيع عنده، وعند محمد يكون فسخاً بالثمن الأول؛ لأنه سكوت [هـ ٢٣٦] [ز ١٧٣و] عن بعض الثمن الأول، ولو سكت عن الكل وأقاله[7] كان فسخاً فهذا أولى إلا إذا تغيب فيكون فسخاً [د ١٤٨و] بالأقل[8]. **(ولم يمنعها هلاك الثمن بل المبيع وهلاك بعضه منع بقدره)**.

[باب المرابحة والتولية][9]

(المرابحة[10]: بيع المشتري بشرط أن يكون بثمنه وفضل) أطلقه؛ لأن يكون مثلياً ليس بشرط في تحقق المرابحة في الجملة، وإن كان شرطاً في تحققها على وجه الإطلاق على ما سيأتي ثم أنه لم يتعرض لكونه[11] معلوما مما سبق من[12]

---

(١) ما بين القوسين: لم ترد في (ب، ج، ز).

(٢) ينظر: الهداية (٢/ ٥٥٣) وما بعدها. وبدائع الصنائع (٤/ ٥٩٤).وفي الخانية: ذكر قول محمد قول الإمام حيث قال: ولا تصح الاقالة بلفظ الأمر في قولهما، لكن في الجوهرة وغيرها قد جعلوا قول الإمام أبي يوسف. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٧١).

(٣) في (و): (تفسخ).

(٤) في (و): (فتصح).

(٥) في (د): (وهي). وساقطة في (ب).

(٦) في (و): (وتطل).

(٧) في (أ، ب، هـ): (واقال). وفي (د): (قال فسخاً).

(٨) ينظر: الهداية (٣/ ٥٦). والبدائع (٤/ ٥٩٤) وما بعدها .

(٩) ما بين القوسين، زيادة من (د، ز).

(١٠) المرابحة : وهي أن يشترط أن المبيع بالثمن الأول الذي اشترى به مع فضل معلوم.

(١١) في (و): (بكونه).

(١٢) في (ب، ج): (بان).

أن معلومية الثمن شرط صحة البيع مطلقاً فلا حاجة لذكره[١] ها هنا.

(والتولية[٢]: بيعه بشرط أن يكون به بلا فضل)[٣] ما ينقسم الى[٤] الثمن في عرف التجار[٥] لا يعد فضلاً.**(وشرطهما على وجه الإطلاق [ب ٣٤ ظ] شراؤه بمثلي)**[٦] وذلك؛ لأن[٧] الثمن الأول إذا لم يكن مثلياً لا يعرف[٨] قدره فلا يتحقق[٩] التولية ولا المرابحة فلا يجوز إلا إذا باعه بذلك البدل[١٠] ممن يملكه أو به[١١] وبزيادة ربح معلوم فحينئذ يجوز لانتفاء الجهالة.

(وله ضم أجرة القصار والصبغ والطراز والفتل والحمل إلى ثمنه) والأصل فيه أن[١٢] كل ما يزيد في المبيع[١٣] أو في قيمته يلحق به **(لكن يقول[١٤] حينئذ قام عليّ بكذا لا اشتريته بكذا)** تحرزاً عن الكذب **(وإن ظهر للمشتري خيانة المرابحة أخذه بثمنه أو رده وفي التولية حط من ثمنه وعند [جـ ٣٢و] أبي يوسف يحط فيهما)** لأن[١٥] الحط في التولية قدر الخيانة وفي المرابحة قدرها وحصتها من الربح، وعند محمد خير فيها هذا إذا كان المعقود عليه محل الفسخ، وإن لم يكن محل الفسخ بطل خياره ولزمه جميع الثمن ذكره في "شرح الطحاوي"[١٦]. **(وإن اشترى ثانياً بعد بيع بربح فإن رابح طرح عنه ما ربح، وإن استغرق الربح الثمن لم يربح)** إذا اشترى بعشرة وباعه بخمسة عشر [ثم اشتراه بعشرة فإنه [أ٩٩ظ] يبيعه مرابحة[١٧] بخمسه ويقول قام على بخمسه[١٨] ولو اشترى بعشرة وباعه

---

(١) (لذكره): لم ترد في (ب، د). وفي (ج): (الذكره).

(٢) التولية: هي بيع المشتري بثمنه بلا فضل. ينظر: التعريفات ص٧٥، رقم (٥٩٨).

(٣) والبيعان جائز له لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة إلى هذا النوع من البيع لأن الغني الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد مثل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبنياً على الأمانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبيهتها.
ينظر: الهداية (٣/ ٥٦). وتبيين الحقائق (٤/ ٧٣).

(٤) في (ز): (أي).

(٥) في (ب، ج): (والتجارة).

(٦) في (و): (بمثل).

(٧) في (أ، د، هـ، و): (ان).

(٨) في (ب، ج): (لا يعرف).

(٩) في (و): (ولا يتحقق).

(١٠) في (هـ، و): (بدل البدل).

(١١) في (أ): (أوجه).

(١٢) (فيه ان): لم ترد في (هـ).

(١٣) في (و): (البيع).

(١٤) في (أ، ب، ج، د): (بقوله).

(١٥) في (هـ، و، ز): (إلا ان).

(١٦) ينظر: الهداية (٣/ ٥٧).

(١٧) (مرابحة): لم ترد في (هـ).

(١٨) في (ج): (بكذا).

بعشرين][١] ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلاً[٢] عنده وعندهما يبيع مرابحة في الفصلين لأن الأخير عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول فيجوز بناء المرابحة عليه وله أن شبهة حصول الربح[٣] الأول بالعقد الثاني ثابتة، لأنه يتأكد[٤] [٧٤٠ط] [بعد ما كان على شرف[٥] الزوال بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة[٦] في بيع[٧] المرابحة احتياطاً.**(ورابح من شرى من مأذون المحيط دينه برقبته)**[٨] اعتبار هذا القيد لتحقق الشرى. قال الفقيه أبو الليث [د١٤٩ظ] في "شرح الجامع الصغير" : فإن كان العبد لا دين عليه، فالشراء باطل؛ لأن العبد لا دين عليه فماله لمولاه[٩].

(على ما شرى بائعه) ناقصاً كان الثمن الأول على الثمن الثاني أو زائداً عليه ويقول قام علي بكذا .**(كمأذون كذلك شرى من سيده)** لأن بيع المولى من عبده المأذون وشراؤه منه اعتبر عدماً في حق المرابحة لثبوته مع المنافي ثم أن ما ذكره إذا لم يتبين، أما إذا بيّن أنه اشتراه من مأذونه، أو اشترى هو من سيده فيجوز مرابحة على ما شرى منه .**(ورب المال على ما شراه مضاربة بالنصف أولاً ونصف ما ربح بشرائه ثانياً منه)**[١٠] إذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فإن اشترى ثوباً بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنه يبيعه [ب٣٢و] مرابحة باثني عشر ونصف.

(وإن اعورت المبيعة) وعند زفر وهو قول الشافعي[١١] ورواية عن أبي

---

(١) ما بين قوسين: لم ترد في (ز).
(٢) (أصلاً): لم ترد في (و).
(٣) في (ج): (ربح).
(٤) في (ب، ج): (يتأكده) .
(٥) (شرف): لم ترد في (ز).
(٦) في (ب، ج، هـ): (كان الحقيقة).
(٧) في (ب): (البيع).
(٨) إنما قال: المحيط دينه برقبته: لأنه حينئذٍ يكون للعبد المأذون ملك، أما المأذون الذي لا دين عليه فلا ملك له فلا شبهة في أن البيع الثاني لا اعتبار له، أما إذا كان عليه دين محيط فحينئذٍ يكون البيع الثاني بيعاً ومع ذلك لا اعتبار له في حق المرابحة فيثبت الحكم بالطريق الأولى فيما لادين عليه. ينظر: النقاية ص ٥٣٩ .
(٩) إذا لم يبين، وإن بين إنه اشتراه من عبده أو من سيده جاز لزوال التهمة، واشتراط الدين على العبد كأنه واقع اتفاقاً؛ لأنه إذا كان لا يجوز مع الدين أن يبيعه مرابحة فمع عدم الدين أولى لوجود المولى فيه بالاجماع، وذكر في المبسوط هذه المسألة ولم يقيده بدين العبد والمكاتب في هذا كالعبد المأذون له لوجود التهمة بينهما.
ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٧٧). ومجمع الأنهر (٢/ ٧٧).
(١٠) في (ب، ج): (فيه).
(١١) ينظر: البيان (٥/ ٣٣٧).

يوسف[١]: لابد فيه من بيان، قال الفقيه أبو الليث: وهو[٢] قول زفر أجود وبه نأخذ[٣][٤] **(أو وطئت ثيباً رابح)** هكذا في عامة الكتب والمفهوم من هذا الإطلاق أن لا يقول[٥] قام على **(بلا بيان)** أي لا يجب عليه حدوث العيب[٦] في يده ولا بيان تصرفه؛ لأنه لم يحبس عنده شيء يقابله الثمن؛ لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن، وكذا منافع البعض لا يقابلها الثمن، والمسألة فيما إذا لم ينقصها الوطء. **(وإن فقأ عينها)** الفقاء البخق وهو عور بانخساف[٧] العين .**(البائع أو الأجنبي)** بخلاف ما إذا فقئ عينها بفعل نفسها، ذكره في المبسوط[٨] **(وأخذ أرشها)** لابد من هذا القيد على ما يفصح عنه التعليل الآتي ذكره .**(أو وطئ بكراً لزمه بيانه)** لأنه حبس بعض المبيع [ج٣٣ظ] فلا يملك بيع الباقي بالكل مرابحة إذ الأوصاف إذا صارت مقصودة بالتناول صار لها حصة من الثمن، وهذا لأن ما فات كالسالم له معنى يأخذ بدله إن جنى غيره، وكذا جنى نفسه؛ لأنه لولا الملك لكان مضموناً عليه، فصار سقوطه الضمان عنه كالبدل.

(وقرض فأر)[٩] فإن القرض بالفاء وقيل بالقاف .**(أو حرق نار للثوب المشتري كالأولى وتكسره)** على وجه يوجب انتقاضه .**(بنشره وطيه كالثانية، ومن شرى بنسأٍ ورابح بلا بيان خير مشتريه، فإن أتلفه ثم علم[١٠] لزمه كل ثمنه وكذا)** في صورة **(التولية وإن ولى عام قام عليه ولم يعلم [و١٢٤و] مشتريه قدره فسد وإن علم في المجلس خير)**.

فصل

(لم يجز بيع مشتري قبل قبضه) لأنه ﷺ «نهى عن بيع ما لم يقبض»[١١] **(إلا في**

(١) ينظر: البيان (٥/ ٣٣٧).

(٢) (وهو): لم ترد في (د، هـ، و).

(٣) في (أ): (فأخذه).

(٤) ورجحه محمد في الفتح، وعن محمد أنه نقصه قدراً لا يتغابن الناس فيه لا يبيعه مرابحة بلا بيان، ودل كلامه أنه لو نقص يغير السعر بأمر الله، لا يجب عليه أن يعين بالأولى إنه اشتراه في حال غلائه. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٧٨).

(٥) في (أ): (يقوم).

(٦) في (أ): (العبث).

(٧) (بانخساف): لم ترد في (هـ).

(٨) ينظر: المبسوط (١٣/ ١٩٠).

(٩) في (و): (فارة).

(١٠) في (ب، ج): (علمه).

(١١) ينظر: صحيح البخاري (٢/ ٧٥١) رقم (٢٠٢٩) ورقم (٢١٣٥). وصحيح مسلم (٣/ ١١٦٠) رقم (١٥٢٥). وسنن ابن ماجه (٢/ ٧٤٩) رقم (٢٢٢٦). وشرح معاني الآثار (٤/ ٣٨، ٤٠). وسنن البيهقي (٥/ ٣١٢) رقم (١٠٤٦١). والمعجم الاوسط (٢/ ١٥٤) وغيرها بألفاظ متقاربة.

العقار) فيه خلاف لمحمد وزفر والشافعي ﷺ[١] عملاً بإطلاق الحديث واعتباراً بالمنقول ولهما: أن ركن البيع صدر عن أهله في محله ولا غرر فيه؛ لأن الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول، والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد، والحديث معلول به عملاً بدلائل الجواز .**(من شرى كيلياً كيلاً)** أي[٢]: بشرط الكيل [ممن[٣] شراه كذلك هذا القيد مذكور[٤] في الهداية، ولابد منه على ما أفصح عنه صاحب الخلاصة وغيره][٥] **(لم يبعه ولم يأكله[٦] حتى يكيله)** لا؛ لأن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري»[٧] لأن محله اجتماع [هـ٢٣٨] الصفقتين على ما سنبين[٨] في باب السلم إن شاء الله تعالى بل لقوله ﷺ: [ب٣٥ظ] «إذا بعت فاكتل وإذا ابتعت فكل[٩]»[١٠]، ولأنه[١١] يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما إذا اشتراه[١٢] مجازفة؛ لأن الكل له.

(و[١٣]شرط[١٤] كيل البائع بعد بيعه بحضرة المشتري [أ ٩٩و] [في الصحيح) لأن المبيع صار معلوماً به وتحقق التسليم، وقوله في الصحيح رد لما[١٥] قيل شرط كيلان كيل للبائع بعد بيعه بحضرة المشتري][١٦] وكيل للمشتري قبل التصرف

---

(١) ينظر: المبسوط (١٣/ ٩). والبدائع (٤/ ٣٩٤). والهداية (٣/ ٥٩-٦٠). والوسيط (٣/ ١٤٨).
(٢) في (و): (بأي).
(٣) في (ب، ج): (من). وفي (و): (ومن).
(٤) في (ب، ج): (المذكور).
(٥) ما بين القوسين: لم ترد في (أ).
(٦) في (ج): (يأكل).
(٧) ينظر: ابن ماجة (٢/ ٧٥٠) رقم (٢٢٢٨). والدارقطني (٣/ ٨) رقم (٢٤). والبيهقي (٥/ ٣١٦) رقم (١٠٤٨١). ومصباح الزجاجة (٣/ ٢٤). ينظر: نصب الراية (٤/ ٣٤) الحديث الثالث. والدراية (٢/ ١٥٥) رقم (٧٩٠).
(٨) في (د، هـ، و): (ما تبين).
(٩) في (ب، ج): (إذا بعت فاكمل وإذا بعت فكل). وفي (د، و): (ابتعت).
(١٠) ينظر: صحيح البخاري (٢/ ٧٤٨) رقم (٢٠١٨). ومسند أحمد (١/ ٦٢) رقم (٤٤٤)، و (١/ ٧٥) رقم (٥٦٠). ومسند البزار (٢/ ٣٣) رقم (٣٧٩). والدارقطني (٣/ ٨) رقم (٢٣). وشرح معاني الآثار (٤/ ١٦-١٧). وسنن البيهقي (٥/ ٣١٥) رقم (١٠٤٧٧). ومسند عبد بن حميد (١/ ٧) رقم (٥٢). ومجمع الزوائد (٤/ ٩٨). ومصباح الزجاجة (٣/ ٢٥) رقم (٢١).تغليق التعليق (٣/ ٢٣٩) .
(١١) في (هـ): (لأنه).
(١٢) في (أ): (باعه).
(١٣) (الواو): لم ترد في (د، هـ). وفي (و): بدلها (ويكفي).
(١٤) (شرط): لم ترد في (ج، و).
(١٥) في (ب، ج): (وما).
(١٦) ما بين القوسين: لم يرد في (أ، د).

فيه .**(وكذا ما يوزن أو يعد)**[١] في "شرح القدوري" يجب إعادة العد فيها[٢] في رواية، وفي رواية لا يجب، وصحح[٣] [القدوري هذه الرواية[٤] كذا في الذخيرة، لا ما يذرع][٥] لأن الزيادة له؛ لأن الذرع وصف في المذروع[٦]، بخلاف العدد[٧]، ولا يخفى أن موجب هذا التعليل والذي سبق ذكره أن يستثني ما يضره التبعيض من جنس[٨] الموزون؛ لأن الوزن فيه وصف على ما مر إلا إذا سمى لكل ذراع ثمناً فإنه حينئذٍ يأخذ المذروع[٩] حكم القدر على ما مر .**(وصح التصرف في الثمن قبل قبضه)** لقيام المطلق، وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينه بالتعيين بخلاف المبيع[١٠] والمراد بالتصرف في الثمن تمليكه ممن عليه دين بعوض أو بغير عوض حتى لا يجوز له أن يملكه[١١] من غير من عليه الدين .**(والحط عنه ولو بعد هلاك المبيع والمراد فيه حال قيامه لا بعد هلاكه وفي المبيع)** أي صح الزيادة [ج٣٣و] فيه أيضاً وأما الحط عنه فلا يجوز؛ لأن طريق الجواز عندنا الالتحاق بأصل وذلك يستدعي[١٢] قيامه[١٣] وقيامه [د١٥٠ظ] بتمام البيع وعند حط بعضه لا يبقى تمامه.

(ويتعلق الاستحقاق بالجميع) لأن الزيادة والحط يلتحقان[١٤] بأصل عندنا، وعند زفر والشافعي[١٥]: لا يصحان على اعتبار الالتحاق[١٦] بل على اعتبار ابتداء الصلة وإنما أطلق الاستحقاق[١٧] والجميع ليتناول استحقاق البائع بجميع[١٨] المزيد والمزيد عليه من [الثمن واستحقاق المشتري بجميع المزيد والمزيد عليه من][١٩] المبيع واستحقاق الشفيع بذلك الجميع واستحقاق المستحق[٢٠]

---

(١) في (ب، ج): (ويعد).

(٢) (فيها): لم ترد في (ب).

(٣) في (ج): (وصحح العدد).

(٤) ينظر: متن القدوري ص٤٧.

(٥) ما بين القوسين: لم يرد في (أ، ج).

(٦) في (هـ): (للمذروع).

(٧) في (هـ): (والقدر).

(٨) (جنس): لم ترد في (هـ).

(٩) في (أ، و، ز): (الذرع).

(١٠) في (ب، ج): (البيع).

(١١) في (ب، ج، ز): (يملك).

(١٢) في (ب، ج): (نستدع).

(١٣) في (أ): (مقامه).

(١٤) في (ب، و): (يلحقان).

(١٥) ينظر: الهداية (٣/ ٦٠).

(١٦) في (ج): (الالحاق).

(١٧) في (ز): (للاستحقاق).

(١٨) في (أ، و): (الجميع).

(١٩) ما بين القوسين: لم يرد في (هـ، ز).

(٢٠) ورد عليه صاحب الدرر الحكام (٢/ ١٨٥)، حيث قال: لا يمكن ذلك لأن مدار هذا الاستحقاق على الدعاوى والبينة، فإن ادعى المستحق مجرد المزيد عليه وأثبته أخذه مع الزيادة وأثبته وأخذه، فكذا إن ادعى الزيادة فقط، ثم أن حكم الالتحاق يضر في التوليد والمرابحة. ينظر: الدرر (٢/ ١٨٥).

(ويرابح[١] **ويولي [و١٢٥ظ] على الكل إن زيد وعلى ما بقى إن حط)**[٢] ترك التفريع على ما قبله لأنهما فرعا أصل واحد، وهو أن الزيادة والحط يلحقان بأصل العقد .**(والشفيع يأخذ بالأقل في الفصلين)** أما في الحط فلأنه التحق بأصل العقد، وأما في الزيادة فلأنه حقه تعلق بالثمن الأول، وفي الزيادة إبطال[٣] حقه[٤] الثابت فلا يملكانه .**(ولو قال بع عبدك من زيد بألف على أني**[٥] **ضامن كذا من الثمن سوى الألف أخذ الألف من زيد والزيادة منه ولو لم يقل من الثمن فالألف على زيد ولا [ب٣٥و] شيء عليه)** ذكر صاحب "الهداية"[٦] هذه المسألة في مسائل منثورة أوردها بعد السلم زاعماً على إنها لا تنتظم مع مسائل باب من الأبواب والمصنف ردها إلى بابها ونظمها من يناسبها ولقد أصاب .**(وكل دين أُجِّلَ إلى أجل معلوم صح إلا القرض)** فإن تأجيله لا يصح؛ لأنه [هـ٢٣٩] إعادة وصله في[٧] الابتداء[٨] ومعاوضته [ز١٧٤و] في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعارة إذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء[٩] لا يصح؛ لأنه يعتبر بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا[١٠] .

باب الربا

(هو فضل) أراد به ما يعم فضل النقد على النسيئة لا الفضل المتعارف، ولهذا نكره[١١]، ولابد من هذا التعميم ليتناول التعريف نوعي الربا .**(خال عن عوض**

---

(١) في (هـ): (ورابح).
(٢) في (ب، ج): (خطه).
(٣) في (أ): (من إبطال).
(٤) في (و): (حق).
(٥) في (ب، ج): (أنه).
(٦) ينظر: الهداية (٣/ ٨٠).
(٧) (في): لم ترد في (ب، ج).
(٨) في (ب، ج): (ابتداء).
(٩) في (أ، ب، ج، د): (انتهاء).
(١٠) وفي الظهرية القرض المحجور يجوز تأجيله، وفصل صاحب التنوير مسالة القرض لكثرة الاحتياج إليها في المعاملات فقال: القرض هو عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلي لرد مثله، وصح في مثلي لا في غيره فصح استقراض الدراهم والدنانير، وكذا ما يكال أو يوزن أو يعد متقارباً فصح استقراض جوز وبيض ولحم، واستقرض طعاماً بالعراق فأخذه صاحب القرض بمكة فعليه قيمته بالعراق يوم اقتراضه، عند أبي يوسف وعند محمد يوم اختصما، وليس عليه أن يرجع إلى العراق فيأخذ طعامه ولو استقرض الطعام ببلد فيه الطعام رخيص فلقيه المقرض في بلد فيه الطعام غالٍ فأخذه الطالب بحقه ليس له أن يحبس المطلوب ويؤمر المطلوب بأن يوثق به حتى يعطيه طعامه في البلد الذي استقرض فيه. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٨٢) وما بعدها.
(١١) في (هـ): (انكر).

شرط أحد البدلين) فلو[١] وجد الفضل في أحد البدلين، ولم يكن مشروطاً في العقد، أو كان مشروطاً فيه ولم يكن[٢] في أحد البدلين بأن يكون لغير البائع والمشتري لا يكون ربا وإنما قال في أحد البدلين ولم يقل لأحد العاقدين، لأن العاقد[٣]قد يكون وكيلاً وقد يكون فضولياً والمعتبر كون الفضل للبائع والمشتري. **(وهو نوعان:**

١- **ربا الفضل)** عرفه؛ لأن المراد الفضل المعهود وهو ما بحسب القدر [وذلك ينقسم إلى حقيقة [د١٥٠و] الربا، وهو ظاهر وشبهة الربا كبيع الحنطة بالحنطة مجازفة][٤] **(وشرطه[٥] أن يكون أحد العوضين من جنس الآخر)** ففضل قفيزي شعير[٦] على قفيز بر لا يكون ربا .**(وأن يكون [ج٣٤ظ] من جنس المكيل أو المأذون)** ففضل مذروع على مذروع أو معدود على معدود لا يكون ربا[٧] **(وإن يدخل تحت المساواة بالمعيار الشرعي)**وهو الكيل والوزن ففضل حفنتين على حفنة، وبيضتين على بيضة، وتمرتين على تمرة لا يكون ربا.

٢-**(وربا النساء)** [وهذا النوع قد يجامع الصرف أيضاً كما إذا باع درهماً بدرهم بشرط[٨] الأجل وفارق المشتري][٩].

(وشرطه أن يوجد اتحاد الجنس[١٠] أو القدر) أي الكيل والوزن .**(وعلته الكيل والوزن مع الجنس)** لم يقل والقدر[١١] [أ ١٠٠ظ] مع الجنس؛ لأن القدر جامع مشترك بين المكيل والموزون فعلى تقدير ما ذكر يلزم أن لا يجوز إسلام الموزون في المكيل؛ لأن أحد الوصفين محرم للنساء، وقد نص على جواز إسلام الحنطة في الزيت عندنا .**(فحرم بيع الكيلي والوزني بجنسه متفاضلاً ولو غير مطعوم كالجص [ز١٧٥ظ] والحديد)** الجص [و١٢٥و] كيلي والحديد وزني وفيهما خلاف الشافعي[١٢] بناء على العلة عنده والطعم في المطعومات والثمنية

---

(١) في (و): (ولو).
(٢) (ولم تكن): لم ترد في (ب). وفي (ج): (فلم يكن).
(٣) في (ب، د، هـ): (العاقدين).
(٤) ما بين القوسين: لم ترد في (أ، ب، ج).
(٥) في (ز): (ويشترط فيه).
(٦) في (ب، ج): (الشعر).
(٧) (ربا): لم ترد في (ب).
(٨) في (ز): (بشرطه).
(٩) ما بين القوسين: لم ترد في (أ).
(١٠) في (أ، ب أ ج): (وشرط اتحاد الجنس).
(١١) في (و): (القدر).
(١٢) ينظر: الأم (٣/ ١٤). والتنبيه (١/ ٩١). ومغني المحتاج (٢/ ٢٢). والمهذب (١/ ٢٧٠). والإقناع (٢/ ٧٩).

بالأثمان[١] [ب٣٦ظ] والجنسية شرط المساواة مخلص والأصل الحرمة ومالك[٢] بناء على أن العلة عنده[٣] الطعم والادخار .**(وحل البيع)** في الأشياء المذكورة. **(متماثلاً بلا معيار)** أي فيما لا يدخل تحت المعيار وهو الكيل والوزن على ما مر فيه خلاف الشافعي[٤] بناءً على أن الأصل عنده الحرمة والمساواة مخلص فيما لا يدخل في المستوى الشرعي يبقى على الأصل وهو الحرمة.

وعندنا: الأصل هو المحل والدخول تحت المعيار شرط الحرمة فما يدخل في الكيل والوزن[٥] يثبت فيه الحرمة وما لا يدخل في واحد منهما يبقى على أصله وهو الحل ولا دخل في ذلك للخلاف في تعين العلة وإنما جعل الحرمة أصلاً لقوله ﷺ: «لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا سواء بسواء»[٦]، فما لا يكون مساوياً كان حراماً قبل المعنى لا تبيعوا [هـ٢٤٠] الذي يدخل في المسوى الشرعي إلا سواء بسواء كما إذا قيل لا تقتلوا الحيوان إلا بالسكين، يكون المراد الحيوان الذي يمكن قتله بالسكين لا القمل والبرغوث ويرد عليه [د١٥١ظ] أنه لا مخصص في الحديث، وفي المثال المذكور العرف المخصص فإن الحيوان لا يطلق في العرف على القمل والبرغوث.

(فإن وجد الوصفان) أي الكيل والوزن مع الجنس، قال في "الهداية"[٧]: الجنس والمعنى المضموم إليه لم يقل والقدر[٨] لما عرفت أنه أعم فإنه إذا اختلف كيلاً ووزناً لا يوجد المعنى المضموم إليه ويوجد القدر[٩] **(حرم الفضل والنساء)** فلا يجوز بيع قفيز بر بقفيز منه متساوياً وأحدهما نساء، إنما قلنا متساوياً؛ لأنه إذا لم يوجد التساوي يكون الحرمة للفضل فلا يثبت إنها للنساء، وإنما قلنا أحدهما للنساء[١٠]؛ لأنه إذا كلاهما نساء لا يكون الحرمة[١١] الربا النساء بل لأنه بيع

---

(١) في (أ، د، و): (في الأثمان).
(٢) يراجع التاج والاكليل (٦/ ١٩٧). وشرح الخرشي (٥/ ٥٧).
(٣) في (ب): (عند).
(٤) ينظر: مغني المحتاج (٢/ ٢٢). والمصادر السابقة.
(٥) في (د، هـ، و): (أو الوزن).
(٦) ينظر: صحيح البخاري (٢/ ٧٥١) رقم (٧٥١). ومسلم (٣/ ١٢١٤) رقم (١٥٩٢). واللفظ الطعام بالطعام عند مسلم.
(٧) ينظر: الهداية (٣/ ٦١).
(٨) في (و): (وللقدر).
(٩) (القدر): لم ترد في (أ، د). وفي (ب، و): (حر القدر).
(١٠) في (أ، د، هـ): (نساء).
(١١) (الحرمة): لم ترد في (ب، ج).

الكالىء بالكالىء[١] وهو منهي بالنص[٢] **(وإن عدما حلاً وإن وجد أحدهما حل[٣] الفضل لا النساء)** [ج٣٤و] فيجوز بيع بر بقفيزي شعير، وبيع خمسة أذرع من الهروي بستة أذرع منه يداً بيد، ولا يجوز بيع قفيز بر بقفيز شعير، وبيع خمسة أذرع من الهروي بخمسة منه نسيئة، وعند الشافعي[٤]: الجنس بانفراده لا يحرم النساء.

(والبر والشعير والتمر والملح كيلي والذهب والفضة وزني أبداً وإن تركا فيها) أي إن ترك الكيل في أحد الجنسين المذكورين وهو الأربعة المتقدمة والوزن من جنس الآخر وهو الأخير أن لقوله ﷺ: «الحنطة بالحنطة»[٥] الحديث .**(ويحمل في غيرها على العرف فلم يجز بيع البر بالبر متساوياً ووزناً والذهب بجنسه متماثلاً كيلاً كما لم يجز مجازفة واعتبر تعيين الربوي في غير العرف بلا شرط تقابض)** عقد الصرف [ب٣٦و] ما وقع هي جنس الأثمان يعتبر قبض عوضين في المجلس[٦] لقوله ﷺ: «الفضة بالفضة هاءً بهاءٍ»[٧] ومعناه يداً بيد، وما سواه [و١٢٦ظ] مما فيه الربا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض، خلافاً للشافعي في بيع الطعام[٨].

(وجاز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما) خلافاً لمحمد[٩][١٠]، أن الثمنية تثبت

---

(١) يعني بيع الدين بالدين.

(٢) ينظر: سنن البيهقي (٥/ ٢٩٠) رقم (١٠٣١٦). والدارقطني (٣/ ٧١) رقم (٢٦٩) وقال في المستدرك هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، وقيل عن موسى بن عقبة بن عبد الله ابن دينار. والمستدرك (٢/ ٦٥) رقم (٢٣٤٢). والكامل في ضعفاء الرجال (٦/ ٣٣٥).

(٣) (حل): لم ترد في (ب). وفي (د، هـ، و): (فقط حل التفاضل).

(٤) ينظر: الشافعي، تحفة المحتاج (٤/ ٢٧٣). ونهاية المحتاج (٣/ ٣٢٤) وغيرها.

(٥) ينظر: صحيح البخاري (٢/ ٧٥٠)، وصحيح مسلم (٣/ ١٢١١) رقم (١٥٨٨). ومصنف ابن أبي شيبة (٤/ ٣٢٠) رقم (٢٠٦٠٣). ومسند أحمد (٢/ ٢٣٢) رقم (٧١٧١). وسنن البيهقي (٥/ ٢٨٤) رقم (١٠٢٩٠). ونصب الراية (٤/ ٣٥) باب الربا، الحديث الأول. والدراية (٢/ ١٥٦) رقم (٧٩١) وغيرها.

(٦) في (ب، ج): (المجلسين).

(٧) في (و): (هاء وهاء). والحديث ينظر: صحيح مسلم (٣/ ١٢١١) رقم (١٥٨٧) واللفظ له. والبخاري (٢/ ٧٦١) رقم (٢٠٦٦). وسنن البيهقي (٥/ ٢٧٦) رقم (١٠٢٥٨). ونصب الراية (٤/ ٣٥). والدراية (٢/ ١٥٦). وغيرها.

(٨) ينظر: الشافعي، المغني (٤/ ٣٣).

(٩) في (د، هـ، و): (لمحمد له).

(١٠) بيع الفلس بجنسه متفاضلاً يحتمل وجوهاً:

=

باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما[١]، وإذا بقيت أثماناً لا تتعين فصار كما إذا كان بغير أعيانهما، كبيع الدرهم بالدرهمين. ولهما أن الثمنية في حقهما إنما تثبت باصطلاحهما، إذ لا ولاية[٢] للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما، وإذا بطلت الثمنية يتعين بالتعيين، فلا يعود وزنياً لإبقاء[٣] الاصطلاح على العدد إذ في نقضه في حق العدد فساد العقد فصار كالجوزة[٤] بالجوزتين[٥] بخلاف النقود؛ لأنها للثمنية خلقة وبخلاف ما إذا كان بغير أعيانهما [د١٥١و]؛ لأنه بيع الكالىء بالكالىء، وقد نهى عنه[٦]، وبخلاف ما إذا كان [أ ١٠٠و] أحدهمابغير عينه لأن الجنس بانفراده يحرم[٧][٨] **(واللحم بالحيوان)** لأنه بيع الموزون[٩] بما ليس بموزون، وقال محمد: لا يجوز إلا إذا كان اللحم أكثر ليكون الزائد في مقابلة السقط[١٠].

(والدقيق[١١] [هـ٢٤١] بجنسه والرطب بالرطب وبالتمر والعنب[١٢] كيلاً) آخره عن الكل كيلاً يتوهم اختصاصه بالبعض. وعندهما وهو قول الشافعي[١٣]: لا يجوز أن نقص الرطب بالجفاف .**(والبر رَطْباً أو مبلولاً بمثله أو باليابس والتمر والزبيب[١٤] المنقطع بالمنقع منهما متساوياً)**[١٥] وقال محمد: لا يجوز جميع

= الأول: أن يكون كلاهما في البيع معيناً.
الثاني: أن يكون المبيع معيناً والثمن غير معين.
الثالث: أن يكون المبيع غير معين والثمن معين.
الرابع: أن يكون كل منهما غير معين. والكل فاسد سوى الوجه الأول له أبو حنيفة يعقد.
ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٨٦).

(١) في (ب): (بصطلاحهما).
(٢) في (ب): (إذ لا ويه).
(٣) في (ب، ج): (لبقاء).
(٤) (كالجوزة): لم ترد في (ب).
(٥) في (ب): (كالجوزتين).
(٦) الحديث سبق تخريجه.
(٧) في (د): (لا يحرم).
(٨) ينظر: الهداية (٣/ ٦٤).
(٩) في (ب، ج): (الموزونين).
(١٠) وجه قول محمد: على أن يكون اللحم الخالص أكثر من اللحم الذي في الشاة الحية بالحرز والظن فيكون اللحم بازاء اختلاف الجنس من الأطراف والسقط من الرأس والأكارع والجلد والشحم، فإن كان اللحم الخالص مثل قدر اللحم الذي في الشاة الحية أو أقل لا يدري لا يجوز. ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٤١٢). والهداية (٣/ ٦٥). الدر المختار (٤/ ١٨٥).
(١١) (والدقيق): مكرر في (هـ).
(١٢) في (أ، هـ): (والعنب بالزبيب).
(١٣) ينظر: المبسوط (١٢/ ١٨٢). وشرح فتح القدير (٧/ ٢٨). والأم (٣/ ٢٤). والمهذب (١/ ٢٧٥). والإقناع (١/ ٩٥). والوسيط (٣/ ٢٨٩). وغيرها.
(١٤) في (د، و): (أو الزبيب). وفي (هـ): (الزيت).
(١٥) في (د، هـ): (متساويان).

ذلك؛ لأنه يعتبر المساواة في أعدل[١] الأحوال وهو المال.

وهما[٢]: اعتبراها[٣] في الحال عملاً بإطلاق الحديث المشهور[٤]؛ لأنه يتناول البر والتمر والعنب على أي صفة كانت، إلا أن أبا يوسف ترك هذا الأصل في بيع الرطب[٥] بالتمر، ومحمد فرق بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب والرطب بالثمن، ووجههما يطلب من «الهداية»[٦].

(ولحم حيوان بلحم حيوان آخر متفاضلاً، وكذا [ج٣٥ظ] اللبن وكذا خل الدقل[٧] بخل العنب وشحم البطن بالألية أو باللحم والخبز بالبر والدقيق وإن كان أحدهما نسيئة يفتى) لأن الخبز صار عددياً أو موزوناً فخرج من أن يكون مكيلاً من كل وجه، وهذا إذا كانا نقدين وإن كان أبراً والدقيق نسيئة جاز أيضاً، وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف [ب٣٧ظ] وعليه الفتوى .**(لا بيع الجيد بالرديء من الربوي[٨] والبسر بالتمر[٩] إلا متساوياً)** فلا يجوز بيع الذهب بالذهب ولا الفضة بالفضة إلا متساوياً[١٠] وإن اختلفا جودة وصياغة، ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة لتحقيق التساوي في الوزن وسقوط اعتبار الجودة والغلة: ما يرده بيت المال ويأخذه التجار .**(والبر[١١] بالدقيق أو بالسويق[١٢] أو الدقيق بالسويق متفاضلاً أو متساوياً والزيتون بالزيت، والسمسم**

---

(١) في (ب، ج): (احدى).

(٢) في (ز): (هي).

(٣) في (ب، ج): (اعتبرها).

(٤) الحديث المشهور: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم»، البخاري أخرجه: مسلم (٣/ ١٢١١) رقم (١١٥٨٧). وأبو داود (٣/ ٢٤٨١) رقم (٣٣٥٠). والمعجم الكبير (١/ ٣١٩). والآثار (١/ ١٨٧). ونصب الراية (٤/ ٤) الحديث الثالث. والدراية (٢/ ١٤٧) رقم (٧٦٣).

(٥) في (أ): (القطب).

(٦) إن التفاوت فيهما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك فيكون تفاوتاً في عين المعقود عليه، وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يعتبر، ولو باع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لأن البسر تمر بخلاف الكفريّ حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد؛ لأنه ليس بتمر فإن هذا الاسم له من أول ما تنعقد صورته لا قبله والكفريّ عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة. ينظر: الهداية (٣/ ٦٦).

(٧) الدَّقَل: بفتحتين، رديء التمر. ينظر: اللباب (٢/ ٤١).

(٨) في (ب، ج): (الربا).

(٩) في (و): (والبر من التمر).

(١٠) في (هـ): (متساويين).

(١١) في (د، هـ، و): (ولا البر).

(١٢) في (ب): (بالسوية).

بالخل حتى يعلم أن الزيت والخل أكثرهما في الزيتون والسمسم) ليكون بعض الزيت بالثجير[(١)] وإنما اعتبر العلم؛ لأن كونه أكثر في نفس الأمر لا يكفي بل لا بد أن يكون ذلك معلوماً خلافاً لزفر.

(وصح بيع كري بر وكر شعير بكر بر وكري شعير [و١٢٦و] وبيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين) يجعل كل واحد من الجنسين بخلافه، وقال زفر والشافعي[(٢)]: لا يجوز لهما أن في الصرف[(٣)] [د١٥٢ظ] إلى خلاف الجنس تعبير تصرفه؛ لأنه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام[(٤)] على سبيل الشيوع لا على التعيين، فالتعيين لا يجوز وإن[(٥)] كان فيه تصحيح التفرق[(٦)].

ولنا: أن المقابلة[(٧)] المطلقة تتحمل مقابلة[(٨)] الفرد بالفرد كما[(٩)] الجنس بالجنس[(١٠)] وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه وفيه تغير وصفه لا أصله؛ لأنه يبقى على[(١١)] موجبه الأصلي وهو ثبوت [ز١٧٦و] الملك في الكل[(١٢)] بمقابلة. **(الكل وبيع أحد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينار)** لما ذكر آنفاً. **(ويستقرض الخبز وزناً لا عدداً عند أبي يوسف لتفاوت في آحاده [هـ٢٤٢] وبه يفتى)** وعند أبي حنيفة لا يجوز أصلاً للتفاوت الفاحش وعند محمد يجوز بهما بأيهما كان للتعامل[(١٣)] **(ولا ربا بين سيد[(١٤)] وعبده)** هذا إذا كان [مأذوناً ولم يكن عليه دين ولو لم يكن مأذونا لا يتحقق أصل البيع وإن كان][(١٥)] عليه دين لتحقق الربا

---

(١) الثجير: بفتح الثاء المثلثة وبكسر الجيم-الثُفل- وكذا كل ما لتفله قيمة كجوز بدهنه ولبن بسمنه. ينظر: اللباب (٢/ ٤١). وفي (ز): (للثجير).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٤١٤). والأم (٣/ ٢١).

(٣) في (و): (التصرف).

(٤) في (أ): (الأقسام).

(٥) في (و): (ان).

(٦) في (ز): (التصرف).

(٧) في (ز): (المقابل).

(٨) (مقابلة): لم ترد في (ب، ج).

(٩) في (و): (وكما).

(١٠) (بالجنس): لم ترد في (ب، ج).

(١١) (على): لم ترد في (ب، ج، د، هـ).

(١٢) في (ز): (الكلي).

(١٣) واختاره القدوري تيسيراً.اللباب (٢/ ٤١). وتحفة الفقهاء (٢/ ١٧) واستحثه الكمال في الفتح. ينظر: فتح القدير (٧/ ٨٤). والاختيار (٢/ ٢٨٩) وغيرها.

(١٤) في (ب، هـ): (سيده).

(١٥) ما بين القوسين: لم ترد في (ب، ج).

بينهما؛ لأن ما في يده ليس ملك المولى عنده.

وعندهما: تعلق به حق الغرماء فصار كالأجنبي[١] **(ومسلم وحربي في داره)** لأن ماله مباح في دار الحرب فبأي طريق أخذه مسلم أخذ مالاً مباحاً إذا لم يكن فيه غدر، خلافاً لأبي يوسف والشافعي[٢]: اعتباراً بالمستأمن في دارنا.

باب الحقوق والاستحقاق

(يدخل البناء والمفتاح والعلو والكنيف)[٣] وهو المستراح **(وفي بيع الدار**[٤] **لا الظلة)** وهي الساباط[٥] الذي يكون[٦] أحد طرفيه[٧] [ج٣٥و] على الدار والطرف الآخر على الدار والطرف الآخر على دار أخرى، أو على الأسطوانات[٨] في السكة سواء كان مفتحها[٩] إلى الدار، أو لا ومن وهم إنها السدة[١٠]التي فوق الباب [أ ١٠١ ظ] **(إلا بذكر كل حق هو لها أو بمرافقها أو بكل قليل وكثير**[١١]**هو فيها أو منها)** لأنها مبنية [ب ٣٧ و] على الهواء[١٢] الطريق فأخذت[١٣]حكمها هذا عنده وعندهما: إن كان مفتحا في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لأنه من توابعها فتشابه الكنيف **(والشجر لا الزرع في بيع الأرض ولا الثمر في بيع الشجر إلا بشرطه، وإن ذكر الحقوق والمرافق ولا العلو [في شراء بيت بكل حق ولا في شراء منزل]**[١٤] **إلا بذكر**

---

(١) ينظر: الهداية (٣/ ٦٧).

(٢) الهداية (٣/ ٦٧). والمجموع (٩/ ٣٧٥) وما بعدها.

(٣) الكنيف: الكُنة، تشرع فوق باب الدار، والكنيف الخلاء كله راجع إلى الستر. يراجع: لسان العرب (٥/ ٣٩٤١).

(٤) الدار: هو اسم أو دير عليه الحائط العلو والسفل ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف، العلوم من أجزائه فيدخل فيه من غير ذكر. ينظر: المبسوط (١٤/ ١٣). وفتح القدير (٥/ ٣٠٢). ومجمع الأنهر (٢/ ٩٠).

(٥) في (ب، ج): (الرباط).
الساباط: سقيفة بين حائطين، وفي المحكم بين دارين، وزاد غيره من تحتها طريق نافذ، والجمع سوابيط وساباطات. يراجع: لسان العرب (٣/ ١٩٢٣). والمغرب (١/ ١٤١).

(٦) (يكون): زيادة من المحقق.

(٧) في (ب، ج): (الطرفين).

(٨) الأسطوانات: جمع مفردة اسطوانة، وهي السارية من حجارة، أو آجر وجمعها السواري. يراجع القاموس المحيط (٤/ ٢٣٦). لسان العرب (٣/ ٢٠٠٤). وتاج العروس (٩/ ٢٣٤).

(٩) في (ب، ج): (مفتحاً).

(١٠) في (ب، ج): (السترة).

(١١) (وكثير): لم ترد في (أ).

(١٢) في (ب، ج): (السواء).

(١٣) في (ب، ج): (فأخذ).

(١٤) ما بين القوسين: لم ترد في (ب، ج).

ما ذكر) يعني قوله ظل حق إلى قوله[١] أو[٢] منها والحاصل أن العلو يدخل في بيع الدار مطلقاً، ويدخل في بيع المنزل ما ذكر[٣]، ولا يدخل في بيع البيت أصلاً؛ وهذا لأن المنزل[٤] بين البيت[٥] والدار؛ لأنه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصوراً إذ لا يكون فيه منزل الدواب، فالشبهة بالدار يدخل [ز١٧٧ظ] فيه العلو [د١٥٢و] تبعاً عند ذكر التوابع ولشبهة البيت لا يدخل فيه بدونه.

(ولا الطريق والشرب والمسيل في المبيع إلا بذكر ما ذكر أيضاً بخلاف الإجارة) فإنها تدخل فيها بلا ذكر ما ذكر[٦]، [و١٢٨ظ] لأنها[٧] تنعقد للانتفاع [في الاستحقاق][٨] ولا يتحقق بدون [في الاستحقاق][٩]هذه الأشياء، وأما البيع فيمكن[١٠] أن ينتفع به بدونها بأن يتجر فيه .**(ويؤخذ الولد إن استحقت أمه ببينة [وإن أقر بها لا)** من اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل إن استحقها ببينة][١١] يأخذها وولدها[١٢]؛ لأن البينة حجة مطلقة[١٣] فيظهر بها ملكها[١٤] من[١٥] الأصل والولد كان متصلاً بها فيكون له وإن[١٦] استحقها بإقرار ذي اليد يأخذها ولا يأخذ ولدها[١٧]؛ لأن الإقرار حجة قاصرة يثبت به الملك في المخبر به ضرورة ما يثبت ضرورة لا يظهر في حق الزوائد[١٨] المنفصلة فلا يكون الولد له

---

(١) في (ز): (قولها).
(٢) (أو): لم ترد في (ب).
(٣) في (هـ، و): (لان ذكر).
(٤) هو فوق البيت دون الدار، وهو اسم لمكان يشتمل على بيتين أو ثلاثة ينزل فيها ليلاً ونهاراً، وله مطبخ وموضع لقضاء الحاجة فيتأتى فيه السكنى بالعيال إذ ليس له صحن غيرمسقف ولا اسطبل الدواب.
والدار: هو اسم لما أدير عليه الحائط العلو والسفل ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف.
والبيت: اسم لما بيات فيه، والعلو في هذا كالسفل وهو اسم لمسقف واحد له دهليز، والدهليز: ما بين الباب والدار، فارسي معرب، والجمع الدهاليز. ينظر: المبسوط (١٤/ ١٣) وما بعدها. ومختار الصحاح (١/ ٢١٣). وفتح القدير (٥/ ٣٠٢) بتصرف. وتاج العروس (٤/ ٣٦).
(٥) في (هـ): (بين بيت).
(٦) في (و، ز): (أن ذكر ما ذكر).
(٧) في (و): (فإنها).
(٨) ما بين القوسين زيادة من المحقق.
(٩) ما بين القوسين من زيادة المحقق.
(١٠) في (و): (فقد يمكن).
(١١) ما بين القوسين: لم يرد في (هـ).
(١٢) في (ب، ج): (ولدها).
(١٣) في (أ، ب، ج، د): (مطلق).
(١٤) في (ب، ج): (ملكه).
(١٥) (من): لم ترد في (و).
(١٦) (وان): لم ترد في (ب، ج).
(١٧) في (هـ): (لا ولدها).
(١٨) في (ب): (الزائد).

هذا إذا لم يدع المقر له الولد، وأما إذا ادعاه كان له، [لأن الظاهر له][١] ذكره في النهاية .(**شخص قال لآخر اشترني**[٢] **فإني عبد فاشترى فبان [هـ٢٤٣] حراً**) ظهور حريته[٣] يجوز أن يكون بدعوى شخص آخر كما إذا ادعى رجل أنه ابنه وأقام البينة عليه، قال الإمام السرخسي[٤] في "باب الشهادة في الولادة والنسب من[٥] المبسوط" : في هذه الصورة قضى أنه ابن له لإثباته دعواه بالحجة وجعل حراً؛ لأن[٦] الحكم بثبوت النسب منه حكماً بأنه مخلوق من مائه وماء الحر جزء معه[٧] فيكون حراماً ما لم يتصل برحم الأمة، وحين لم يسموا أمه في الشهادة لم يظهر اتصاله برحم الأمة فبقي على الحرية، انتهى[٨]. وبما قررناه نبين أنه لا إشكال في وضع المسألة [ج٣٦ظ]، وإن قالوا إن الشهادة على حرية الأصل[٩] يتضمن تحريم الفرج؛ لأن الشهود لهم من تعيين الأم ليس بذلك.

(**ضمن إن لم يدر**[١٠] **مكان بائعه**) وعن أبي يوسف أنه لا يرجع؛ لأن الرجوع بالمعاوضة[١١] أو بالكفالة والموجود ليس إلا الإخبار كاذباً[١٢] فصار كما إذا قال[١٣] الأجنبي ذلك، ووجه الظاهر الرواية أن المشتري صار مغروراً من جهة[١٤] الغرور في المعاوضات التي يقتضي سلامة العوض يجعل[١٥] سببا للضمان دفعاً للغرور بقدر الإمكان ذكره قاضيخان في شرح "الجامع الصغير"[١٦] ما قيل في وجهه لأنه بالأمر بالشراء يصير ضامناً للثمن عند تعذر الرجوع على البائع دفعاً

---

(١) ما بين القوسين: لم يرد في (و).
(٢) في (أ، ب، ج): (فإن اشترى).
(٣) في (ج): (حرية).
(٤) ينظر: المبسوط (١٧/ ٧٩)وما بعدها.
(٥) في (أ): (ومن).
(٦) في (أ، د، هـ، و): (في).
(٧) (معه): لم ترد في (ب، ج).
(٨) ينظر: المبسوط (١٧/ ٧٩) وما بعدها.
(٩) في (د، هـ، و): (على الأصل).
(١٠) في (ب، ج): (يدرك).
(١١) في (ب): (بالمعاوضات).
(١٢) (كاذباً): لم ترد في (أ، ب، ج).
(١٣) (قال): بياض في (ب).
(١٤) في (أ، د، هـ، و): (جهته).
(١٥) في (ج): (تجعل).
(١٦) على العبد على كل جاز؛ لأن الرجوع عليه إما أن يكون بحكم العقد، أو بحكم الكفالة، وشيء من ذلك لم يوجد، ووجه ظاهر الرواية أن المشتري إنما أقدم على الشراء معتمداً على كلام العبد فصار بمنزلة الغرور من جهته والغرور من المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يجعل سبباً للضمان دفعاً للغرور بقدر الامكان فإذا ظهرت حرية العبد وأهلية الضمان وتعذر الاستيفاء من جهة البائع، يؤخذ بذلك كالمولى إذا قال لا يصل الطرف هذا عبدي قد أذنت له في التجارة بايعوه فبايعوه ولحقه دونه ثم ظهرأنه كان حراً رجعوا عليه بديونهم بحكم الغرور، كذلك هنا .

للضرر منظور فيه لأن موجبه أن لا يكون[١] لقوله فأتى عبد دخل في جواب المسألة وما ذكر في "الهداية" تعليله[٢] [د١٥٣ظ] صريح في الحاجة[٣] إليه[٤].

(ورجع) ذلك الشخص بما ضمن .(**ولا ضمان في الرهن**) أي: إن قال ارتهني فإني عبد فارتهنه فبان حراً فلا ضمان عليه .(**أصلاً**) أي سواء علم مكان الراهن لأنه ليس بمعاوضته وما يجعل سبباً للضمان إنما هو الغرور في المعاوضات.

(**ولا رجوع في دعوى حق مجهول في دار صولح على شيء معين واستحق بعضها**) أي[٥] للمدعي أن يقول [أ ١٠١و] دعوى في هذا الباقي[٦] وفهم[٧] منه، أي من جواب المسألة .(**صحة الصلح عن المجهول على معلوم**)؛ لأن الجهالة فيما يسقط لا تنفي المنازعة، وفهم [و١٢٧و] منه أيضاً أن بطلان الدعوى لا يضر صحة الصلح .(**ولو استحق كلها رد كل العوض**) لدخول المدعي في المستحق. (**ورجع بحصته في دعوى كلها**) أن استحق شي منها لوجوب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل.

فصل في بيع الفضولي

هو في[٨] [اصطلاح الفقهاء][٩] من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي. (**لمالك باع غيره ملكه بغير إذنه فسخه**) سواء بقي العاقدان أو لا بيع الفضولي منعقد عندنا، خلافاً للشافعي[١٠] (**وله إجازته**[١١] **إن بقي العاقدان والمبيع والثمن**

---

(١) في (هـ): (أن يكون).

(٢) في (هـ): (في تعليله). (٣) في (د): (والحاجة).

(٤) وضع المسألة ضرب إشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى، وقيل: إن كان الوضع في حرية الأصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الأم.
وقيل: هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوف، وإن كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به، فصار كالمختلفة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة. ينظر: الهداية (٣/ ٦٨) وما بعدها.

(٥) في (أ، د، هـ، و): (إذ).

(٦) في (ب، ج): (الباب). (٧) في (ب، ج): (ووهم).

(٨) (في): لم ترد في (ب، ج، د، هـ). (٩) ما بين القوسين: لم ترد في (أ).

(١٠) ينظر: الهداية (٣/ ٦٩). والبناية (٦/ ٥٨٦). واغاثة الطالبين (٣/ ٨). والوسيط (٣/ ٢٢). وحواشي الشيرواني (٥/ ٣٢٥). والمجموع (٩/ ٢٤٩) وغيرها.

(١١) في (أ، ب): (اجازة).

إن كان[١] **عرضاً معيناً)** قيده بالتعيين؛ لأن الاحتراز عن الدين هنا[٢] يحصل به فإن العرض [هـ٢٤٤] قد يكون ديناً على ما ستقف عليه .**(وهو)** أي الثمن .**(ملك للمجيز)** وهو المالك .**(وأمانة عند بائعه)** أي بعد الإجازة [**(وله)** أي الفضولي **(فسخه قبل الإجازة)** دفعا للضر عن نفسه فإن حقوق العقد ترجع إليه][٣] **(وجاز إعتاق المشتري من الغاصب إن أجيز)** قال محمد[٤]: لا يجوز؛ لأنه عتق بدون الملك، ولهما: أن الملك يثبت موقوفاً بتصرف مطلق[٥]موضوع لإفادة الملك ولا ضرر[٦] فيه فيتوقف الإعتاق مرتباً عليه [ج٣٦و] وينفذ بنفاذه .**(لا بيعه)** لأن بالإجارة يثبت للبائع ملك بات فإذا طرى على ملك موقوف لغيره أبطله .**(ولو قطع يده ثم أجيز فارشه)** ماخوذاً كان قبل الإجارة أو بعده[٧] **(للمشتري)** لأن الملك تم له من وقت الشراء فتبين أن القطع [ب٣٨و] حصل على ملكه[٨].

(وتصدق بما زاد على نصف ثمنه) لأنه لم يدخل في ضمانه أو فيه[٩] شبهة عدم الملك[١٠] **(ومن شرى عبداً من غير سيده وأقام بينة على إقرار بائعه أو سيده بعدم أمره به)** لأن البينة في حقوق العباد لا تقبل[١١] إلا عند صحة الدعوى، ولا [د١٥٣و] صحة له ها هنا للتناقض إذ الإقدام على الشراء إقرار منه لصحته وإقامة البينة على إقرار بائعه أو سيده بعدم أمره بالبيع سواء ذلك الإقرار [قبل البيع][١٢] أو بعده مسبوقة بدعوى عدم صحته وهي مناقضة لدعوى صحته .**(ولو أقر بائعه به عند قاضٍ)** أي بعد الأمر .**(وطلب مشتريه رده رد بيعه)** لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار فللمشتري أن يساعد البائع في ذلك فيستحق الاتفاق بينهما، فلهذا شرط

---

(١) في (أ، د، و): (وكذا الثمن). في (هـ): (أن كان الثمن).
(٢) في (و): (برهنا).
(٣) ما بين القوسين: لم ترد في (ب).
(٤) ينظر: الهداية (٣/ ٧٠).
(٥) في (ب، ج، و): (مطلقاً).
(٦) في (أ، ب، ج، و): (ولا ضرورة).
(٧) في (ب): (وبعده).
(٨) في (ب، ج): (ملك).
(٩) في (أ، ب، ج، ز): (إذ فيه).
(١٠) لأنه غير موجود حقيقة وقت القطع، وأرش العبد الواحدة في الحر نصف الدية، وفي العبد نصف القيمة، والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فيما زاد على نصف الثمن شبهة عدم الملك فيتصدق به وجوباً ولورد وجوب التصدق بالزائد وفي الفتح وقيد بما زاد؛ لأنه لا يتصدق بالكل وإن كان فيه شبهة عدم الملك لكونه مضموناً عليه بخلاف ما زاد ووزع. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٩٦).
(١١) (لا تقبل): لم ترد في (ب).
(١٢) ما بين القوسين: لم يرد في (هـ).

طلب المشتري.

باب السلم[1]

(**هو مبادلة مال مؤجل بمال معجل**) فالتأجيل[2] والتعجيل في البدلين معتبران في حقيقته[3] إذ بهما[4] يمتاز عن غيره من أنواع البيوع .(**وصح**[5] **فيما يعلم قدره**[6] **وصفته**) أي حقيقة السلم[7] إذا كان المسلم فيه وهو المبيع مما يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره .(**كالمكيل والموزون المثمن**) احترز بهذا القيد عن الدراهم والدنانير .(**والمذروع كالثوب مضبوطاً**[8] **ذرعه وصفته ورقعته والعددي المتقارب كالجوز، والبيض**[9] **والفلس واللبِن**[10] **والآجُر**[11] **بملبن**[12] **معين** [و١٢٨ظ] **وصح في السمك المليح**)[13] يقال: سمك مليح ومملوح[14]، ولا يقال مالح إلا في لغة رديئة وإنما قيد السمك بالمليح؛ لأن في الطري تفصيلاً سيأتي بيانه .(**وزناً**

(١) السلم لغة: التقديم والتسليم. وفي الشرع: اسم تقديم في الملك عاجلاً وفي المثمن آجلاً كالبيع بين مسلماً فيه والثمن رأس المال والبائع، وسمى مسلماً إليه المشتري وبه السلم. ينظر: التعريفات ص١٢٣.

(٢) في (ب، ج): (والتاجيل).

(٣) في (أ): (حقيقته).

(٤) في (د): (إذ به).

(٥) في (و): (صح).

(٦) أي مقداره أعم من الكيل والوزن والذرع، الدرر الحكام (٢/ ١٩٤).

(٧) لا ينعقد السلم بلفظ البيع في رواية المجرد، لأنه ورد بلفظ السلم عن خلاف القياس فلا يجوز بغيره، وفي رواية الحسن ينعقد وهو الأصح لأنه بيع تبين. ينظر: المحيط البرهاني (٤/ ١١٠). [د١٥٣و] ويصبح بلفظ البيع بأن يقول: اشتريت منك كرير صفته كذا بكذا إلى كذا على أن يوفيه في مكان كذا، وقال زفر: لا يصح لأنه عقد قاض يثبت بلفظ خاص بخلاف، والقياس فلا يعدل، ولنا إن قل واحد منهما تمكين بمال والبيع اسم جنس فاصيب كما يصاب زيد بأصبته .

(٨) في (ب، ج): (مطبوعاً).

(٩) بخلاف بيض النعامة، فعند أبي حنيفة لا يجوز؛ لأنه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عدداً يجوز كيلاً، وقال زفر رحمه الله: لا يجوز كيلاً لأنه عددي وليس بمكيل وعنه أنه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت. ينظر: الهداية (٣/ ٧٢). والبناية (٦/ ٦١١).

(١٠) اللبن: بفتح اللام وكسر الباء، وهو الطوب النيء. ينظر: شرح الكنز (٢/ ٤٠).

(١١) الآجُر: بضم الجيم وتشديد الراء مع المد، اللبن إذا طبخ. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٩٨).

(١٢) ملبن: بكسرالميم وفتح الباء، قالبها. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٩٨).

(١٣) لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدر التسليم، إذ هو غير متقطع. ينظر: الهداية (٣/ ٧٣). والاختيار (٢/ ٢٩٣).

(١٤) في (ب): (ومملوك).

وضرباً) أي نوعاً .(معلومين والطست[1] والقمقمة[2] والخفين إلا إذا [ز١٧٨و] لم يعرف) أي بالصفة .(لا فيما لا يعلم قدره وصفته كاللحم والحيوان) لفحش التفاوت، وجوزا في اللحم إذا وصف موضعاً معيناً بصفة معلومة وجوز الشافعي[3] في الحيوان إذا بين نوعه وسنه وصفته.

(وأطرافه) كالرأس والأكارع .(وجلوده عدداً والحطب حزماً[4]، والرَّطْب[5] [هـ٢٤٥] جرزاً) لأنه مجهول لا يعرف[6] طوله وغلظه حتى لو عرف ذلك بأن بين الحبل الذي يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك [أ١٠٢ظ] بحيث لا يؤدي إلى النزاع جاز .(والجواهر والخرز وبصاع وذراع معين ولم يدر قدره وبر قريةٍ وثمر نخلةٍ معينتين[7] وفيما لا يوجد من حين العقد إلى حين[8] المحل فلايصح في السمك الطري إلا في حينه) أي في وقت يوجد السمك في الماء[9] [ج٣٧ظ] .(وشروطه[10]:

١- بيان جنسه كبر وشعير.

٢- ونوعه كسقية[11] أو بخسية)[12].

وهي التي لا تسقى منسوبة[13] إلى البخس[14] وهو الأرض التي بخست[15]

---

(١) من آنية الصفر. ينظر: لسان العرب (٤/ ٢٦٧٠).

(٢) القمقمة: وعاء من نحاس ذو عروتين يستصحبه المسافر، والجمع القماقم، قال الأصمعي: هو رومي، ينظر: مختار الصحاح ١/ ٢٣٠،المصباح المنير (٢/ ٥١٧).

(٣) ينظر: الأم (٣/ ٢٥)وما بعدها. والمهذب (١/ ٢٧٧). مغني المحتاج (٢/ ٢٩).

(٤) في (ج): (جزما)، والحزم: وهو شد الشيء وجمعه، والحزمة من الحطب وغيره. ينظر: معجم مقاييس اللغة (٢/ ٥٣).

(٥) في (ب، ج): (والرطب). والرطبة: وهي البريسم سواء كان رطبا أو يابساً. ينظر: شرح الكنز ٢/ ٤٠.

(٦) (لا يعرف): لم ترد في (ب، ج).

(٧) في (و): (معين).

(٨) ولو انقطع بعد المحل أن المسلم فيه كان موجوداً من وقت العقد إلى وقت المحل ثم انقطع بعد المحل إلى بعد حلول الأجل قرب السلم بالخيار إن فسخ السلم ويأخذ رأس المال. ينظر: الهداية (٣/ ٧٣). والبناية (٦/ ٦١٦).

(٩) لأنه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقاً وزناً لا عدداً. ينظر: الهداية (٢/ ٧٣).

(١٠) في ب، جـ (وشرطه).

(١١) السقية: وهي التربة تسقى سيحاً. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ١٠٠).

(١٢) في (د، هـ، و): (وبخسيه).

(١٣) في (ب): (مضوبة).

(١٤) في (ب، ج، د، هـ): (الخبس).

(١٥) في (ب، ج): (بخست).

حظها من الماء.

(وصفته كجيد ورديء. وقدره معلوماً نحو كذا كيلاً) لا حاجة ها هنا إلى أن يقال: لا [د١٥٤ظ] ينقبض ولا ينبسط؛ لأن الكيل في عرفهم لا يطلق إلا على ما يكون كذلك.

(أو وزنا وأجله معلوما) خلافاً للشافعي[(١)] **(وأقله شهر في الأصح)** روي ذلك عن محمد، وفي رواية الطحاوي عن أصحابنا ثلاثة أيام وقيل أكثرمن نصف يوم، وعن الكرخي أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في مثله والأول أصح وبه يفتى[(٢)].

(وقدر رأس المال) وهو الثمن .**(في الكيلي والوزني والعددي)** فإن العقد فيها يتعلق بالمقدار فلابد من **(بيان)**[(٣)] مقداره هذا[(٤)] عنده.

وقالا: يكفي[(٥)] بالإشارة؛ لأنه يصير معلوماً بها كما في الثوب، له: أنه ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال فيجب أن يكون معلوماً بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوباً معيناً؛ لأن العقد لا يتعلق بمقداره فلا يجب بيان قدره وأما ما قيل ربما يكون بعض رأس المال زيوفاً ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعرف قدره [ز١٧٩ظ] لا يدري كم بقي فيرد عليه أن ها هنا شرطاً آخر ذكره الزاهدي في شرح "مختصر القدوري" نقلاً عن "المحيط"[(٦)] به يندفع هذا لاحتمال[(٧)] وهو أن يكون رأس المال منقداً فلم يجز الإسلام.

(في جنسين بلا بيان رأس مال كل منهما) تفريع مع الخلافية المذكورة[(٨)] **(ولا**

---

(١) ينظر الشافعي: البيان (٥/ ٣٩٦)، تحفة المحتاج (٤/ ٥٣). والمنهاج (٢/ ٢٠٧).

(٢) ينظر: الهداية (٣/ ٧٤). والاختيار (٢/ ٢٨٩). والبناية (٦/ ٦٢٥). وغيرها.

(٣) في (ب، جـ): (بيانه).

(٤) في (أ، هـ): (وهذا). ولم ترد في (ز).

(٥) في (ب، ج، د، هـ): (لا يكفي).

(٦) ينظر: الهداية (٢/ ٧٥٣). والاختيار (٢/ ٢٩٠).

(٧) في (هـ): (الاحتمال).

(٨) وصورة المسألة: أن يقول أسلمت إليك هذه الدراهم في كر حنطة ونحوه، أو أسلمت إليك هذه الدراهم العشرة وهذه الدنانير في كذا أو يقول: أسلمت إليك عشرة دراهم في كر حنطة وكر شعير، أو في ثوبين مختلفين ولم يبين حصة كل واحد منهما، أي الدنانير والدراهم العشرة، وهذا عند أبي حنيفة،وعندهما يجوز لما أن إعلام رأس المال شرط عنده، والمالية تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وخريق معرفة الحرز فلا يكون مقدار رأس مال كل واحد منهما معلوماً. ينظر: المبسوط (١٢/ ١٤٩) وما بعدها. والاختبار (٢/ ٢٩٠).والبناية (٦/ ٦٣٢).

بنقدين بلا بيان حصة كل منهما من المسلم فيه ومكان إيقاء مسلم[١] **كحمله**[٢] **مؤنة ومثله الثمن والأجرة والقسمة)** إذا كان المسلم فيه شيئاً[٣] لحمله مؤنة يجب بيان مكان إيفائه عنده، وقالا: لا يجب بيانه وبتعين[٤] مكان العقد، وعلى هذا الخلاف في الثمن والأجرة.

(إذا كان لحملهما مؤنة [و١٢٨و] القسمة) أي إذا اقتسما[٥] الدار وجعلا[٦] مع نصيب أحدهما شيئاً لحمله مؤنة[٧]. **(وما لا مؤنة في حمله)** لا يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء بالإجماع[٨]؛ لأنه لا تختلف قيمته كذا في الهداية[٩] وفيه نظر. **(يوفيه حيث يشاء وهو الأصح)** قال القدوري[١٠]: يوفيه في المكان الذي أسلم فيه، وقال صاحب "الهداية": هذا رواية الجامع الصغير والبيوع[١١]، وذكر في الإجارات يوفيه في أي مكان شاء وهو الأصح؛ لأن الأماكن كلها [هـ٢٤٦] سواء ولا وجوب في الحال[١٢]، وفي "محيط السرخسي" يتعين موضع العقد وهو الأصح وهو قولها؛ لأن قيمته تختلف باختلاف الأماكن فإن قيمة الكافور[١٣] في المصر[١٤] أكثر من قيمته في السواد لكثرة رغبة أهل المصر [ب٣٩و] وقلة أهل السواد، [فلا تكون الأماكن كلها سواء][١٥]، وبهذا تبين أن ما ذكره صاحب "الهداية" في تقليل [د١٥٤و] الأضحية ليس بصحيح .**(وقبض رأس المال قبل الافتراق شرط بقائه)** على الصحة، فهو ينعقد صحيحاً ثم يبطل بالاختراق لا عن [ج٣٧و] قبض ولهذا لا يصح السلم مع خيار الشرط لأنه يمنع[١٦] تمام القبض لكونه مانعاً من الانعقاد في حق الحكم بخلاف خيار العيب؛ لأنه لا يمنع تمام

---

(١) في (ب، ج): (سلم).
(٢) في (ب، ج، هـ، و): (بحمله).
(٣) (شيئاً): لم ترد في (ب، و).
(٤) في (ب، د، هـ، و): (ويتعين).
(٥) (اقتسما): لم ترد في (هـ).
(٦) في (ب): (وجعل).
(٧) وقيل: لا يشترط ذلك في الثمن، والصحيح: أنه يشترط إذا كان مؤجلاً وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي. ينظر: الهداية (٣/ ٧٥).
(٨) أي: بإجماع الأئمة الأربعة وأصحابهم. ينظر: البناية (٦/ ٦٣٥).
(٩) ينظر: الهداية (٣/ ٧٥).
(١٠) ينظر: متن القدوري ص٤٨ .
(١١) في (هـ): (في البيوع).
(١٢) ينظر: الهداية (٣/ ٧٥).
(١٣) الكافور: وعاء طلع النخل، قال الأصمعي: الكافور وعاء النخل ويقال له ايضا قفور. ينظر: لسان العرب (٥/ ١١٢).
(١٤) (في المصر): لم ترد في (هـ).
(١٥) ما بين القوسين: زيادة في (و).
(١٦) في (ب): (لا يمنع).

القبض وأما عدم ثبوت خيار الرؤية فيه فلأنه غير مفيد [لأنه دين][١] في الذمة فكلما رده عليه بخيار الرؤية أعطاه غيره لكونه لا تتعين فلا يفيد.

(فلو أسلم مئة نقدا ومئة ديناً على[٢] المسلم إليه في كر بطل في حصة الدين فقط) لأنه دين بدين وصح في حصة النقد لوجود قبض رأس المال في المجلس، بقدره[٣] ولا يشيع البطلان لا لأن القبض قبل الافتراق شرط البقاء فيكون ضعيفاً بل لأنه طارئ إذا أسلم وقع صحيحاً في الكل والبطلان الطارئ لا يشيع ضعيفاً كان سببه أو قوياً كما إذا باع عبدين [أ١٠٢و] فهلك أحدهما قبل القبض بطل العقد فيه دون الآخر .**(ولم يجز التصرف برأس المال والمسلم[٤] فيه)** بأن يعطي بدل أحدهما شيئاً آخر .**(كالشركة)** كما إذا قال رب السلم لآخر أعطني نصف رأس المال ليكون نصف [المسلم فيه لك][٥] **(والتولية قبل القبض)** كما إذا قال أعطني مثل ما أعطيت المسلم إليه حتى يكون المُسلم فيه لك.

(ولا شراء شيء من المسلم إليه برأس المال بعد الإقالة حتى يقبضه) لقوله ﷺ: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك»[٦]، أي: لا تأخذ إلا المسلم فيه حال قيام العقد أو رأس مالك عند[٧] انفساخه.

(ولو شرى كراً وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يصح) لأنه اجتمع هنا صفقتان السلم وهذا شراء كلاهما بشرط الكيل فلابد من الكيل مرتين للحديث الذي ذكره في باب المرابحة **(ولو أمر مقرضه به صح)** أي لو[٨] استقرض براً ثم اشترى من

---

(١) ما بين القوسين: لم ترد في (ب، ج).
(٢) في (هـ، و): (إلى).
(٣) (بقدره): لم ترد في (ب، ج).
(٤) في (ب، ج): (والسلم).
(٥) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ، و).
(٦) من حديث أبي سعيد الخدري ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أسلفت في شيء فلا تصرفه إلى غيره»، سنن ابن ماجه (٢/ ٧٦٦) رقم (٢٢٨٣). وفي سنن الدارقطني (٣/ ٤٥) رقم (١٨٧). وفي لفظ (فلا يأخذ الإمام أسلم فيه أو رأس ماله). وفي مصنف عبد الرزاق (٨/ ١٤) رقم (١٤١٠٦)، عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: "إذا أسلفت في شيء فلا تأخذ إلا رأس مالك أو الذي أسلفت فيه". وفي مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ٢٧٠)، عن عمرو بن شعيب عن أبيه أن عبد الله بن عمر ﷺ كان يسلف له في الطعام فقال للذي كان يسلف له: لا تأخذ بعض مالنا وبعض طعامنا ولكن خذ رأس مالنا كله أو الطعام وافياً. وفي سنن البيهقي (٦/ ٢٧) رقم (١٠٩١٥) عن ابن عباس: (ثم إذا أسلمت في شيء فلا بأس أن تأخذ بعض سلمك وبعض رأس مالك فذلك معروف). ونصب الراية (٤/ ٥) الحديث التاسع. والدراية (٢/ ١٦٠) رقم (٨٠٥).
(٧) في (ب، ج): (عند).
(٨) (لو): لم ترد في (هـ).

آخر براً فأمر المقرض بقبض البر منه قضاءً لقرضه[١] صح، وإن لم يعد الكيل؛ لأن القرض اعادة، فكان المقبوض عين حقه تقديراً كي لا[٢] يلزم تمليك الشيء بجنسه نسيئة فلم يتحقق الصفقتان [و١٢٩ظ] بشرط الكيل .(**وكذا صح لو أمر رب سلمه**[٣] **بقبضه منه**) أي: يقبض[٤] المشتري من البائع .(**له**) أي لأجل المسلم إليه. (**ثم لنفسه**) أي: بقبضه لنفسه[٥]. (**فاكتاله**) لم يقل فقبضه؛ لأن في اكتاله معنى زائداً بهم في المقام وهو أخذ المكيل عقيب الكيل كمال المعطى فاكتال الأخذ له][٦] (**ثم لنفسه**) إذ حينئذٍ يجري فيه الكيلان .(**ولو كان**[٧] **المسلم إليه في ظرف رب السلم بأمره**[٨] **بغيبته أو كال**[٩] **البائع في ظرفه أو ظرف بيته بأمر المشتري لم يكن قبضاً**) لأن في [ب٤٠ظ] السلم [هـ٢٤٧] لم يصح أمر رب السلم بالكيل؛ لأن حقه في[١٠] الدين لا في العين، فأمره لم يصادف ملكه فالمسلم[١١] إليه جعل ملكه في ظرف استعاره[١٢] من رب السلم وفي البيع لم يصح أمر المشتري؛ لأنه استعار الظرف من البائع ولم يقبضه، فلا يصير في يده، فكذا ما يقع فيه وإنما قال بغيبته لا؛ لأنه إذا كان حاضراً ينقل فعله [ج٣٨ظ] إليه كما توهم بل؛ لأنه لو كان حاضراً وكاله[١٣] المسلم إليه بحضرته وخلى بينه وبين الطعام يصير قابضاً؛ لأن التخلية تسليم، كذا في التبيين[١٤] بخلاف كيله في ظرف المشتري بأمره، أي إذا اشترى براً معيناً ودفع المشتري إلى البائع ظرفاً وأمره أن يكيله ويجعله في الظرف ففعل البائع والمشتري غائب صح؛ لأنه ملك العين بالشراء فأمره صادف ملكه فيكون قابضاً بجعله في الظرف ويكون البائع وكيلاً في إمساك الظرف فيكون في يد المشتري حكماً.

(**ولو كال الدين**[١٥] **والعين في ظرف المشتري**) بأن اشترى رجل من آخر كراً

---

(١) في (و): (يقرضه).
(٢) في (د): (لئلا).
(٣) في (و): (السلم).
(٤) في (و): (ويقبض).
(٥) في (هـ): (لنفسه الوكيل عقيب الكيل يقال كال المعطي فاكتال الآخر).
(٦) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).
(٧) في (و): (كال).
(٨) (بأمره): لم ترد في (هـ).
(٩) في (هـ): (أو كان).
(١٠) (في): مكرر في (ب).
(١١) في (ب، ج): (والمسلم).
(١٢) في (ب، ج): (استعادة).
(١٣) في (و): (أو كأنه). وفي (ز): (وكال)
(١٤) في (أ): (كذا قال الزيلعي).
(١٥) فلأنه خلطه بماله فملكه بالاتصال كمن دفع لصائغ فضة ليصنعها خاتماً وأمره أن يزيد عليه من عنده فضة قرضاً، وكمن استقرض من رجل حنطة وأمره أن يزرعه في أرضه قبل أن يقبضه فإنه يصير قابضاً له بالاتصال بملكه؛ لأنه عين ماله والخلط بإذنه، بخلاف الصباغ إذا صبغ الثوب =

بعقد السلم وكراً معيناً بالبيع ثم أمر المشتري البائع[١] أن يجعل الكرين في ظرف المشتري .(**إن بدأ بالعين كان قابضاً**) أما في العين فلصحة الأمر، وأما في الدين فلاتصاله بملك المشتري .(**وإن بدأ بالدين لا**) أي لا يصير قابضاً .(**عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى**) أما[٢] في الدين فلعدم صحة الأمر، وأما في العين فلأنه خلطه[٣] بملكه[٤] قبل التسليم فصار مستهلكاً عنده فينتقض المبيع، وهذا الخلط غير مرضٍ[٥] من جهته لجواز أن يكون مراده البداية بالعين فلم يتعين برضاه به حتى يكون شريكاً له.

وعندهما: هو بالخيار وإن[٦] شاء (**شاركه**)[٧]نقض البيع وإن شاء شاركه في المخلوط؛ لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما[٨].

(**ولو أسلم أنه في كلا وقبضت الأمة ثم تقايلا ثم ماتت الأمة في يده**) أي في يد المسلم إليه [(**بقي**) التقايل (**وتجب**[٩] **قيمتها يوم قبضها**)[١٠] على المسلم إليه][١١] بردها إلى رب السلم .(**ولو ماتت ثم تقايلا صح**) التقايل لأن صحته تعتمد

= حيث لا يصير صاحبه قابضاً باتصال الصبغ بثوبه؛ لأن المعقود عليه فيه الفعل وهو الصبغ لا العين والفعل لا يجاوز الفاعل؛ لأنه عرض لا يقبل الانتقال ولم يتصل بالثوب فلهذا لم يصير قابضاً. ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٢١).

(١) في (ب، ج): (للبائع).

(٢) في (ب): (ما).

(٣) في (ز): (خلط).

(٤) في (هـ): (بالكر).

(٥) في (ج): (مرتضى).

(٦) في (ب): (وان).

(٧) (شاركه): لم ترد في (ج).

(٨) وخصه قاضي خان بقول محمد، أما عند أبي يوسف إذا بدأها بالدين يصير قابضاً لهما كما بدأ بالعين ضرورة اتصاله بملكه في الصورتين إذ الخلط ليس باستهلاك. وقال محمد: يصير قابضاً للعين دون الدين فيشتركان فيه ولم يبرأ عن الدين، وكذا لو استقرض رجل كر أو دفع اليه غرائره ليكيله فيها ففعل وهو غائب لم يكن قبضاً كما في الفتح. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٥٠٥).

(٩) في (ب، ج): (وتجب).

(١٠) اذا اشترى كرا بعقد السلم وجعل رأس المال أمة وسلمها إلى المسلم إليه ثم تقايلا عقد السلم ثم ماتت الأمة في يد المسلم إليه بقي التقايل، ولو ماتت وتقايلا صح التقايل؛ لأن الجارية رأس المال وهو في حكم الثمن في العقد والمبيع وهو المسلم فيه وصحة الإقالة تعتمد على قيام المبيع لا الثمن كما مر، فهلاك الأمة لا يغير حال الإقالة من البقاء في الأولى والصحة في الثانية، فإذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعاً فوجب عليه فوجب ردها وقد عجز عنه فوجب رد قيمتها. ينظر: الدرر الحكام (٢/ ١٩٧).

(١١) ما بين القوسين، لم ترد في (هـ).

بقاء المقود عليه وهو المسلم فيه.

(وكذا المقايضة)[(١)] أي: هي كالسلم .**(في وجهيه)**[(٢)] أي: في وجهي التقايل[(٣)] **(بخلاف الشراء بالثمن فيهما)** أي[(٤)] في الوجهين [أ ١٠٣ظ] المذكورين في التقايل[(٥)] [ز١٨٠و] **(ولو اختلف عاقدا السلم في شرط الرداءة[(٦)] والأجل فالقول لمدعيهما)**[(٧)] أما إذا كان المدعى المسلم إليه فبالاتفاق وأما إذا كان المدعى رب السلم فكذا عنده.

وعندهما: القول للآخر وذلك؛ لأن من خرج [و١٢٩و] كلامه تعنتاً[(٨)] فالقول لصاحبه بالاتفاق وإن خرج[(٩)] [د١٥٥و] خصومة[(١٠)] ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده.

وعندهما: للمنكر وإن أنكر [ب٤٠و] الصحة[(١١)]. [في الاستصناع][(١٢)]

---

(١) المقايضة: بيع سلعة بسلعة. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ١٠٥). أو التعريفات ص٢٢٤ رقم (١٨٠٦).

(٢) تبقى الإقالة وتصح بعد هلاك أحد العوضين؛ لأن كل واحد منهما مبيع من وجه وثمن من وجه ففي الباقي يعتبر المبيعية وفي الهالك الثمنية. ينظر: الدرر الحكام (٢/ ١٩٧).

(٣) هو التقايل قبل الموت والتقايل بعد الموت، لأن كل واحد منهما مبيع من وجه وثمن من وجه ففي الباقي يعتبر وفي الهلاك الثمنية. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ١٠٥).

(٤) أي: إذا اشترى أمة بألف ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الإقالة، ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة؛ لأن المعقود عليه في البيع إنما هو الأمة ولا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الإقالة ابتداءً ولا تبقى انتهاءً لانعدام محلها. ينظر: الهداية (٣/ ٧٨). وتبيين الحقائق (٤/ ١٢٢). ومجمع الأنهر (٢/ ١٠٥).

(٥) في (هـ، ز): (للتقايل).

(٦) في (د): (الرواة).

(٧) يعني اذا اختلفا في اشتراط الوصف في المسلم فيه بأن قال أحدهما: شرطنا رديئاً، وقال الآخر: لم نشترط شيئاً، أو قال أحدهما شرطنا الآجل، وقال الآخر: لم نشترط شيئاً كان القول قول من يدعي اشتراط الوصف والآجل؛ لأنه يدعي الصحة، إذ السلم لا يجوز إلا مؤجلاً موصوفاً. وإن ادعى رب السلم شرط الرديء وأنكر المسلم إليه الشرط أصلاً كان القول لرب السلم عند أبي حنيفة؛ لأنه يدعي الصحة، وعندهما القول للمسلم إليه؛ لأنه منكر. ولو قال رب السلم: كان له أجل كان القول لرب السلم عندهم؛ لأن المسلم إليه متعنت في إنكاره ما ينفعه وهو الأصل وهو حق له فكان باطلاً. ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٢٢). والدرر الحكام (٢/ ١٩٧).

(٨) في (هـ، و): (متعنتاً).

(٩) في (أ، ب، ج): (خرج كلامه).

(١٠) في (د، هـ، ز): (حصومة).

(١١) في التنوير: ولو اختلفا في مقداره فالقول للطالب مع يمينه، وإن برهن قبل، وإن برهنا قضي ببينة المطلوب، واختلفا في قضية فالقول للمطلوب لانكاره توجه المطالبة، وإن برهنا قضي ببينة المطلوب. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ١٠٦).

(١٢) ما بين القوسين، زيادة من المحقق.

(والاستصناع بأجل) [ذكر على سبيل الاستمهال دون الاستعجال؛ فإنه لا يصير سلماً][1] **(سلم)**[2] فيعتبر شرائطه .**(وتعاملوا فيه أو لا)** خلافاً لهما في الأول، فإنه استصناع عندهما .**(وبلا أجل [معلوم)** لابد من هذا القيد؛ لأن التأجيل بأجل غير معلوم لا يخرجه [هـ٢٤٨] إلى حد السلم][3] **(فيما يتعامل[4] كخف وقمقمة[5] وطست صح بيعاً لا عدة)** الاستصناع أن يقول للصانع كالخفاف مثلاً اصنع لي من مالك خفاً من هذا الجنس بهذا الصفة بكذا **(فيجبر الصانع على تسليمه)** تفريع على كونه بيعاً لا عدة وإنما قال على تسليمة، ولم يقل على عمله لما سيأتي أن المقصود عليه العين دون العمل.

(ولا يرجع الآمر عنه والمبيع هو العين لا عمله[6] فإن جاء بما صنعه غيره أو هو[7] قبل العقد فأخذه صح ولا يتعين له إلا باختياره [ج٣٨و] فصح بيع الصانع قبل اختيار الأمر) لم يقل قبل رؤية الأمر لما عرفت أن مراده[8] تعيينه له على اختياره وهو يتحقق بقبضه قبل الرؤية .**(وله أخذه وتركه)** لما عرفت أن المبيع هو العين فله خيارالرؤية .**(ولم يصح فيما لا يتعامل كالثوب)** عطف على قوله صح بيعاً فقيده المذكورمقدماً وهو أن يكون بلا أجل معتبر ها هنا أيضاً.

(مسائل شتى)

(صح بيع الكلب) خلافا للشافعي[9]؛ لأنه نجس العين عنده، لا عندنا؛ لأنه ينتفع به[10]، وعن أبي يوسف: أنه لا يجوز بيع الكلب العقور[11] [ز١٨١ظ].

---

(١) ما بين القوسين: لم يرد في (أ، ب، ج).
(٢) في (ب، ج): (السلم).
(٣) ما بين القوسين: لم يرد في (أ).
(٤) في (هـ): (يتعاملا).
(٥) القمقمة: بالهاء وعاء من صفر له عروتان يستصحبه المسافر، والجمع: القماقم. ينظر: (٢/ ٥١٧).
(٦) في (و): (دون العمل).
(٧) (أو هو): لم ترد في (هـ).
(٨) في (هـ، و، ز): (مدار).
(٩) ينظر: الوسيط (٣/ ١٨). وحواشي الشيرواني (٤/ ٢٣٥). وروضة الطالبين (٣/ ٣٩٥). والمجموع (٩/ ٢٣٥) وغيرها.
(١٠) ينظر: الحجة (٢/ ٧٥٤). والمبسوط (١١/ ٢٣٥). وحاشية ابن عابدين (٥/ ٢٢٧).
(١١) العقور: وهو الذي لايقبل التعليم، أما إذا كان يقبل التعليم فإنه يجوز، وفي البناية قال أبو يوسف رحمه الله: أجيز بيع كلب الصيد والماشية ولا أجيز بيع الكلب العقور.
ينظر: المبسوط (١١/ ٢٣٤) وما بعدها. والهداية (٣/ ٧٩). وشرح فتح القدير (٧/ ١١٨). والبحر الرائق (٦/ ١٨٧). والبناية (٦/ ٦٦٩).

(والفهد والسباع[١] **عُلمت أو لا والذمي كالمسلم في بيع غير الخمر والخنزير)** والتي خنقت أو جرحت في موضع غير الذبح وذبائح[٢] المجوسي كالخنزير، فالمستثنى غير مخصوص[٣] بها كما يفهم من الهداية[٤] **(وهما في عقد الذمي كالخل**[٥] **والشاة في عقد المسلم)** فالخمر عنده من ذوات الأمثال والخنزير من ذوات القيم .**(ومن زوج مشريته قبل قبضها صح**[٦] **فإن وطئت فقد**[٧] **قبضت)** لأن وطء الزوج حصل بتسليط من جهة المشتري فصار فعله كفعله .**(وإلا فلا)** إذ بمجرد التزويج لا يتحقق القبض والقياس أن يتحقق؛ لأنه تعيب حكمي فيعتبر بالتعيب الحقيقي.

ووجه الاستحسان: أن في الحقيقي استيلاء على المحل، وبه يصير قابضاً ولا كذلك الحكمي فافترقا .**(ومن شرأ قناً أو دابة)** قال شيخ الإسلام خواهرزاده [د١٥٦ظ] إنما وضع المسألة في العبد لا في الدار؛ لأن في الدار لا يتعرض القاضي لذلك ولا بيعه فإن القياس أن لا يجوز في العبد[٨] أيضاً، إلا أنه جوز فيه استحساناً ليسقط النفقة عن البائع ولا يحتاج إلى النفقة في الدار ومن هنا [ب٤١ظ] تبين أن من ذكر الشيء بدل القن لم يصب.

(وغاب غيبة معروفة فأقام بائعه بينة أنه باعه منه) فإن قبل البينة[٩] لا تقبل من غير خصم قلنا: هذه بينة تقام لكشف الحال [و١٣٠ظ] لا للقضاء والخصم في مثل هذا ليس بشرط .**(لم يبع في دينه)** أي في[١٠] ثمن المبيع، لأنه يمكن وصول البائع إلى حقه بدون البائع[١١] وفيه إبطال حق[١٢] المشتري .**(وإن جهل مكانه**[١٣] **بيع)**[١٤] أي بيع القن وأدى[١٥] [هـ٢٤٩] الثمن ثم إن فضل[١٦] شيء يمسك للمشتري وإن كان نقص يتبعه البائع إذا ظفر به ثم أن هذا البيع، وإن كان قبل

---

(١) عن أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله: لا يجوز بيع الأسد حياً ويجوز أن يكون مذبوحاً. ينظر: البناية (٦/ ٦٦٩).

(٢) في (ب، ج): (واذ بائح).

(٣) في (ب، ج، و): (مختص).

(٤) ينظر: الهداية (٣/ ٨٠).

(٥) في (و): (كاطل).

(٦) (صح): لم ترد في (و).

(٧) في (ب): (نقد).

(٨) في (أ): (العقد).

(٩) (البينة): لم ترد في (أ).

(١٠) (في): لم ترد في (ب، ج).

(١١) في (د، هـ، و): (البيع).

(١٢) (حق): لم ترد في (هـ).

(١٣) في (ب، ج): (مكان).

(١٤) في (و): (بيعه).

(١٥) (وأدى): مكرر في (هـ).

(١٦) في (ب، ج): (حصل).

القبض إلا أنه ليس بمقصوده وإنما المقصود الاحياء حقه وفي ضمنه يصح بيعه؛ لأن الشيء قد يصح ضمناً وإن لم يصح قصداً .**(وإن شرى اثنان وغاب واحد فللحاضر دفع ثمنه وقبضه وحبسه إن حضر الغائب إلى أن يأخذ حصته)** لأنه مضطر إذ لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن؛ لأن البيع صفقة واحدة [أ ١٠٣و] وله حق الحبس وما بقي منه شيء والمضطر [يرجع [ج٣٩ظ] وإذا كان له أن][1] يرجع عليه كان له الحبس عندهما إلى أن يستوفي حقه ولو حبس لا يصير غاصباً، وعند أبي يوسف: كان متطوعاً[2] فيما أدى عن صاحبه؛ لأنه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه وليس له الحبس ويصير غاصباً به فيهلك بالقيمة[3].

(وإن اشترى شيئاً بألف مثقال ذهب وفضة يجب من كل نصفه وفي بألف من الذهب والفضة من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة) ووزن سبعة قد سبق في "كتاب الزكاة" .**(ولو قبض زيفاً بدل جيد جاهلاً به)** وإنما قال جاهلاً به إذ لو كان عالماً بصفة المستوفي عند البعض يسقط حقه بلا خلاف .**(وأنفق أو نفق)** أي: هلك إنما وضع فيما أنفق أو نفق إذ لو كانت قائمة يردها ويسترد الجياد عندهم .**(فهو قضاء وعند أبي يوسف يرد مثل زيفة ويرجع بجيده)** لأن صاحب حق الدين يراعى من حيث الوصف كما يراعى من حيث القدر ولا قيمة له إذا قوبل بجنسه فوجب المصير إلى ما ذكر، وقال أبو حنيفة[4]: أن إيجاب رد الزيف لأخذ الجيد إيجاب له عليه بالنسيئة إلى شيء واحد ومثله لم يعتمد في الشرع وتكاليف [د١٥٦و] الشرع ليست من هذا القبيل لأنها ليست بالنسبة إلى شيء واحد. ولمحمد[5] فيه قولان: قوله الأول مع أبي حنيفة، وقوله الأخير مع أبي يوسف وذكره في "رهن المبسوط"، وفي "الحقائق" نقلاً عن "العيون"[6] أن ما قاله [ب٤١و] أبو يوسف حسن وأدفع للغرر فاخترناه للفتوى[7].

(ولو فرخ أو باض طير في أرض رجل أو تكسر ظبي[8] فيها) أي انكسر رجله، وإنما قال تكسر؛ لأنه لو كسرها أحد يكون له لا للأخذ[9] وفي بعض الروايات

---

(١) ما بين القوسين: لم يرد في (هـ).
(٢) في (أ): (متوعا).
(٣) ينظر: الهداية (٣/ ٨١)
(٤) ينظر: المصدر السابق.
(٥) في (ب): (ومحمد).
(٦) في (أ): (العون).
(٧) في (أ): (للتقوى).
(٨) الضبي: الغزال. ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٣٠). الدرر الحكام (٢/ ١٩٩) .
(٩) في (أ، هـ): (للآخر) .

تكنَّس(١)، أي دخل في الكناس وهو ماؤه .**(فهو للأخذ)** لا الصاحب(٢) الأرض لأن الصيد لمن أخذ هذا إذا لم يكن أرضه مهيأة لذلك .**(كصيد تعلق(٣) بشبكة نصبت(٤) للجفاف(٥) ودرهم أو سكر نثر فوقع على ثوب لم يعد له ولم يكف)** ولو أعد الثوب لذلك أو كف بعد [و١٣٠و] وقوعه عليه فهو لصاحب الثوب بخلاف ما إذا عسل النحل في أرضه؛ لأنه عدَّ من إنزاله، فيملكه تبعاً للأرض.

(١) في (ب، ج): (تكش). تكنس: يراجع معناها (أي استتر).
(٢) في (ب): (إلا الصاحب). (٣) في (ب): (تفعل). وفي (و): (يعقد).
(٤) في (ب): (نصيب). وفي (د): (نصب). (٥) في (ج): (للخفاف).

كتاب الصرف

(هو مبادلة مال بمال كلاهما من جنس الأثمان) إنما زاد لفظ الجنس ليعم غير المضروب من الذهب والفضة، ذكره خواهرزاده في "فوائده"، ولم يقل[1] من جنس واحد من الأثمان؛ لأن اتحادهما جنساً ليس بشرط والتقابض المراد بالقبض في هذا العقد القبض بالبراجم لا بالتخلية. [**(قبل الافتراق شرط بقائه صحيحاً)** قال خواهرزاده في فوائده: هذا القبض][2] شرط بقاء العقد على الصحة لا شرط انعقاده صحيحاً يدل عليه قوله وإن افترقا[3] بطل العقد والشراء[4] إنما يبطل بعد وجوده. **(ولا يصح التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه فلو شرى به)** أي بالثمن الغير المقبوض **(ثوباً فسد)** أي شراء الثوب. **(ومن باع أمة[5] تعدل ألف[6]** [ج٣٩و] **درهم مع طوق قيمته ألف[7] بألفين ونقد من الثمن ألفاً أو باعها بألفين نسيئة وألف نقداً أو باع سيفاً حليته خمسون وتخلص بلا ضرر بمئة نقد خمسين فما نقد ثمن الفضة)** وهو الألف في بيع الأمة والخمسون في بيع السيف. **(سكت، أو قال خذ هذا من ثمنها)** أما في الأول: فلأن أمرهما يحمل على الصلاح، وأما الثاني: فلأن المخصوص بأحد الشيئين ينسب إليهما، قال الله تعالى: ﴿يَخْرُجُ مِنْهُمَا اللُّؤْلُؤُ وَالْمَرْجَانُ ۝﴾[8] وخروجهما في أحدهما فيحمل عليه لظاهر حاله وإلا فلا، فالظاهر[9] من كلامه أن يكون المعنى أخذ هذا على أنه ثمن كل منهما [د١٥٧ظ] [أ١٠٤ظ].

(فإن افترقا بلا قبض بطل في الحلية فقط و[10]إن لم تخلص بلا ضرر وإلا بطل[11] فيهما[12] وإن غلب على الدراهم الفضة وعلى الدنانير الذهب

---

(١) في (و): (قوله).
(٢) ما بين القوسين: لم يرد في (هـ).
(٣) في (ب): (وافترقا). وفي (ج): (وان يفترقا).
(٤) (والشراء): لم ترد في (ج).
(٥) في (ج): (أن بدل أمة).
(٦) (ألف): مكررة في (ج).
(٧) في (ج): (وألف درهم).
(٨) سورة الرحمٰن، آية: ٢٢.
(٩) في (ب، ج): (لظاهر).
(١٠) (الواو): لم ترد في (هـ، و).
(١١) في (هـ): (وإلا فبطل).
(١٢) (فيهما): لم ترد في (ب، ج).

فيهما فضة وذهب حكماً) فلا يجوز بيع الخالصة به ولا بيع بعض ببعض إلا مساوياً وزناً على ما عرف في باب الربا[١]. [ب٤٢ظ] **(وإن لم يغلب)**[٢] [سواء غلب الغش أو تساويا][٣] **(فهما في حكم عوضين فبيعه بالفضة الخالصة على وجوه حلية السيف)** أي: إن كانت الفضة الخالصة[٤] أكثر من الفضة التي في الدراهم وعلم ذلك صح، و[٥]إن لم يفترقا بلا قبض فلا[٦] يصح .**(وبجنسه متفاضلاً صح بشرط القبض)** وإنما يصح صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس؛ لأنه في حكم شيئين[٧] فضة وصفر[٨]، فإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لعدم التميز والمراد بقاؤه صحيحاً لما عرفت أن القبض شرط لا[٩] لصحة أصل العقد .**(قبل الافتراق)** وبقاء المجلس ليس بشرط.

(وإن شرى بالدراهم المغشوشة أو الفلوس النافقة صح، فإن[١٠] **كسدت قبل تسليمها بطل)** عنده[١١].

وعندهما: لا يبطل ثم أنه يجب قيمتها يوم البيع عند أبي يوسف وآخر ما يتعامل به الناس عند محمد[١٢].

(فلو استقرض فلوساً فكسدت يجب مثلها) عنده، وعند أبي يوسف يجب قيمتها يوم القبض، وعند محمد يوم الكساد [و١٣١ظ] كما مر .**(ومن شرى**

---

(١) هذا إذا كانت الفضة المفردة أزيد مما فيه، فإن كانت مثله أو أقل منه، أو لا يدري لا يجوز البيع للربا، أو لاحتماله وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين. ينظر: الهداية (٣/ ٨٤).

(٢) في (أ): (وإن غلب عليه الغش).

(٣) ما بين القوسين: لم يرد في (أ).

(٤) (الخالصة): لم ترد في (ب، ج).

(٥) (الواو): لم ترد في (أ).

(٦) في (ب): (ولا).

(٧) في (و): (الشيئين).

(٨) الصفر: النحاس الجيد، وقيل الصفر بالضم الذي تعمل منه الأواني. ينظر: لسان العرب (٤/ ٤٦١).

(٩) (لا): لم ترد في (ب، ج).

(١٠) في (د، هـ): (وإن).

(١١) ينظر: الهداية (٣/ ٨٦).

(١٢) قال: وقول أبي يوسف أيسر للفتوى؛ لأن يوم القبض يعلم بلا كلفة، وقول محمد انظر في حق المستقرض؛ لأن قيمتها يوم الانقطاع أقل وكذا في حق المقرض بالنظر إلى قول الإمام لا إلى المفتي؛ لأن يوم الكساد لا يعرف إلا بحرج .
ينظر: الهداية (٣/ ٨٧). ومجمع الأنهر (٢/ ١٢٢).

بنصف درهم فلوس أو دانق[١]**فلوس أو قيراط)**[٢] عند الحساب نصف عشر المثقال[٣] **(صح وعليه ما يباع بنصف درهم [هـ٢٥١] أو دانق أو قيراط منها)** أي اشترى بنصف درهم أو دانق أو قيراط على أن يعطى عوض ذلك فلوساً صح على المشتري من الفلوس ما يعطى في مقابلة ذلك الثمن.

وعند زفر: لا يجوز هذا البيع؛ لأن الفلوس عددية وتقديرها بالدانق ونحوه ينبئ عن الوزن.

ولنا: أن الثمن هو الفلوس وهي معلومة .**(ولو قال لمن أعطاه درهماً أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً إلا حبة)** أي قال: أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه ما ضرب من القطعة على وزن نصف درهم إلا حبة .**(فسد [ج٤٠ظ] البيع)** للزوم الربا .**(بخلاف أعطني نصف درهم فلوساً ونصفاً إلا حبة)** لأنه ذكر الثمن ولم يقسمه على أجزاء الدراهم .**(فالنصف إلا حبة بمثله وما بقي بالفلوس)** .**([ولو كرر أعطني صح في الفلوس]**[٤] **فقط)** ولم يصح في الدراهم إلا حبة[٥]؛ لأنه لما كرر[٦] لفظ أعطني صار بيعين[٧] **(ومن باع إناء فضة [د١٥٧و] وقبض بعض ثمنه [ثم افترقا صح فيما قبض)** ثمنه **(فقط)]**[٨] ولا يشيع الفساد لأنه صار وإن اشتركا[٩] في الإناء وليس للمشتري الرد بعيب الشركة؛ لأن التفريط جاء من قبله حيث افترق[١٠] عن صاحبه قبل نقد ثمن الكل. **[(وإن استحق**[١١] **بعضه أخذ**

---

(١) الدانق: ثمان حبات وخمس حبة من حبات الشعير المتوسط التي لم تقشر، وهو يساوي بالوزن المعاصر (٠,٤٠٠٩٢)غم، وزن الدانق من الدرهم النقد الشرعي= ٠,٤٩٥ غم. ينظر: رسالة المقادير ص٣١. والعين (٥/ ١١٨). ولسان العرب (١٠/ ١٠٥). ومختار الصحاح (١/ ٢٢٢). والمصباح (١/ ١٩٣).

(٢) القيراط: يساوي ١|٢٤ من المثقال أو ١|١٦ من الدرهم، ولا يتخذ القيراط في عصرنا إلا في وزن الماس والحجارة الكريمة، ويختلف بحسب البلاد. ينظر: المقادير الشرعية ص٣٠٠. ولسان العرب (٧/ ٣٧٥). ومختار الصحاح (١/ ٢٢١). والمصباح (٢/ ٤٩٨).

(٣) المثقال: الشرعي وزنه ثمان وستون حبة وأربعة أسباع الحبة فيكون الوزن العشري (٣,٤٣٦)غم، والمثقال العراقي= ٥ حبة، فالعشرون مثقالاً =١٠٠ غم. ينظر: تأريخ النقود العراقية ص١٠٥ وما بعدها. ولسان العرب ص٤٧. والمصباح (١/ ٢٣٠).

(٤) ما بين القوسين: لم يرد في (أ).

(٥) في (ج): (فالنصف إلا حبة).

(٦) في (ب): (ذكر).

(٧) في (و): (تعيين).

(٨) ما بين القوسين: لم يرد في (و).

(٩) في (أ، د، هـ، و): (طار واشتركا).

(١٠) في (ب، هـ، و): (افترقا).

(١١) في (أ): (استحق).

المشتري باقية بحصته أو رده)][(١)] لأن الشركة عيب قد جاء من قبل الشرع لا من قبله، فله ولاية الرد .**(وان**[(٢)] **استحق بعض قطعة نقرةٍ**[(٣)] **بيعت وأخذ ما بقي بحصته بلا خيار)** لأن التبعيض لا يضرها فالشركة فيها ليست بعيب .**(وصح بيع من عليه عشرة دراهم فمن هي له)** أي من الدارين [ب٤٢و] .**(ديناراً بها)** أي بتلك[(٤)] العشرة .**(مطلقة)** أي[(٥)] لم يضف العقد إلى العشرة التي عليه .**(إن دفع**[(٦)] **الدينار وتقاسما العشرة بالعشرة)** وجهته أنه[(٧)] يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض والدين ليس بهذه الصفة، فلا يقع المقاسمة بنفس العقد بعدم المجانسة، فإذا تقاسما يتضمن ذلك فتح الأول والإضافة إلى الدين إذ لولا[(٨)] يكون ذلك استبدالاً ببدل[(٩)] الصرف، وفي الإضافة إلى الدين تقع المقاسمة بنفس العقد والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء، وزفر خالفنا فيه؛ لأنه لا يقول بالاقتضاء، وهذا إذا باع الدينار بعشرة مطلقة، وأما إذا باعه بالعشرة التي له[(١٠)] عليه صح بلا خلاف [أ ١٠٤ و] وتقع المقاسمة بنفس العقد[(١١)].

---

(١) ما بين القوسين: لم يرد في (ب).

(٢) في (ب): (وان). وفي (هـ): (فلو).

(٣) هي: القدعة المذابة من الذهب أو الفضة، ويقال: نقرة فضة. ينظر: المغرب (٢/ ٣٢١). والمصباح (٢/ ٦٢١).

(٤) في (ب، ج): (تلك).

(٥) (أي): لم ترد في (ب).

(٦) في (ج، هـ): (دفعا).

(٧) في (ب، ج): (ان). وفي (و): (لأنه).

(٨) في (ب، ج): (لو).

(٩) في (أ): (لا ببدل).

(١٠) (له): لم ترد في (ج).

(١١) في (ب): (التقدير). وفي (ج): (القدر).

كتاب الكفالة(١)

(هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة)(٢) سواء كان المطلوب من أحدهما هو المطلوب من الآخر كما في الكفالة بالمال، أو لا يكون كما في الكفالة بالنفس من الأصيل هو(٣) المال، ومن الكفيل النفس ولفظ المطالبة بإطلاقه ينتظمها(٤) **(لا في الدين هو الصحيح)**(٥) بذكره في "الهداية"(٦)، وعند البعض: هي ضم الذمة إلى ذمة [و١٣١و] في الدين؛ لأنه لو لم يثبت المطالبة والأول هو الصحيح، لا؛ لأنه لم يعهد [هـ ١٥٢] أن يجب دينان(٧)، ولا يستوفي إلا أحدهما، لأنه منقوض بمسألة صلح الكفيل بجنس آخر على ما يأتي؛ لأنه لا ينتظم(٨) الكفالة بالنفس(٩)، والكفالة بالعين، والكفالة بالفعل، وأما وجوب المطالبة بدين غيره فمعهود كما في الوكيل بالشراء .**(وهي ضربان : أ- بالنفس ب- وبالمال، والأول يصح بكفلت بنفسه وبما يعبر به عن البدن ويجز الشائع وبضمنت، وبعليّ، وأنا زعيم، أو قبيل به، ويلزمه إحضار المكفول** [د ١٥٨ ط] **به إذا طلب المكفول له، فإن لم يحضره حبسه الحاكم)** هذا إذا لم يظهر عجزه، واما [ج ٤٠ و] إذا ظهر فلا يحبس إلا أنه لا يحال(١٠) بينه وبين الكفيل ويلازمه(١١) ويطالبه ولا يحول(١٢) بينه وبين اشتغاله ذكره في الإيضاح(١٣) **(وإن عين وقت تسليمه(١٤) لزمه ذلك ويبرأ بموت من كفل به ولو كان عبداً)** أراد به دفع توهم أن العبد مال، فاذا تعذر تسليمه لزمه قيمته

---

(١) ذكر محمد مسائل تدل على إن ذكر لك ليس بشرط فمن جملة ذلك ما ذكر ابن سماعة عنه في نوادره إذا قال الرجل لغيره أن جنى عليك فلان فأنا كفيل بنفسه، فقال ذلك الرجل بعد ذلك قد جنى الرجل على فلان بالجناية عليه فهذا جائز، والكفيل خصمه والضمان يؤخذ عن الجاني ولا يقاد البينة عليه وقد جوزت هذه الكفالة مع أن الكفيل لم يقل انا كفيل بنفسه لك. ينظر : المحيط البرهاني في المتفرقات[د١٥٧و].

(٢) في (هـ) : (والمطالبة).

(٣) في (أ): (الأصل فيها).

(٤) في (و): (فيها ينتظمها).

(٥) ما بين القوسين: مكرر في (و).

(٦) ينظر: الهداية (٣/ ٨٨).

(٧) في (هـ): (دينا).

(٨) في (ب، ج): (ينتظم).

(٩) في (ا): (في النفس).

(١٠) في (ب،ج) (يخال).

(١١) في (ب،ج) (يلازمه).

(١٢) في (ب، ج): (ولايخول).

(١٣) ينظر: الايضاح محفوظ.

(١٤) في: (تسليمه) .

(ويدفعه[١] **إلى من كفل**[٢] **له حيث يمكنه مخاصمته، وإن لم يقل إذا دفعت إليك فأنا بريء فلا يبراه، إن سلم**[٣] **في برية أو في السواد، أو في السجن وقد**[٤] **حبسه غيره)**، أي غير هذا الطالب قبل هذا إذا كان سجن قاضي آخر **(وإن شرط تسليمه في مجلس القاضي وسلم في السوق، وفي مصر آخر بريء)** وقال [ب٤٣ظ] زفر إذا سلمه[٥] في السوق سواء كان في ذلك المصر أو في مصر آخر لا يبرأ وبه يفتى في زماننا لتهاون الناس في[٦] إقامة الحق[٧] **(وبتسليم المطلوب نفسه كفالته)**[٨] أي كفالة الكفيل؛ لأنه مطالب بالحضور فكان له ولاية الدفع وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله إليه بشرط أن يقول كل واحد من هؤلاء سلمت إليك بحكم الكفالة وإنما قال إليه؛ لأن رسوله إلى غيره كالأجنبي[٩].

(ولو مات المكفول به فللوصي والوارث مطالبته به) أي مطالبة الكفيل بالمكفول به .**(وإن كفل بنفسه على أنه إن لم يأت به غداً فهو ضامن لما عليه، ولم يسلمه غداً لزمه ما عليه)** خلافاً للشافعي[١٠]، له أنه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فلا يجوز كالبيع.

ولنا: أنه تعليق لوجوب المطالبة لا لوجوب[١١] المال على[١٢] ما مر فلا[١٣]

---

(١) في (و): (ويدفع).
(٢) في (و): (يكفل).
(٣) في (و): (يسلمه).
(٤) (وقد) لم ترد في (هـ).
(٥) في (هـ): (سلم).
(٦) (في): لم ترد في (ب،ج).
(٧) ينظر: الهداية (٣/٨٩). والبحر الرائق (٦/٢٢٩). وفي مجمع الأنهر (٢/١٢٧). لمعاونة الفسقة على الخلاص منه والفرار فالتقيد بمجلس القاضي مفيد وهذه احدى المسائل التي يفتى بقول زفر. وفي البناية (٦/٧٢٩): قالت الأئمة الثلاثة اذا عين مكاناً وفي تسليمه في غيره ضرر يتعين ذلك المكان.
(٨) في (هـ): (الكفالة).
(٩) المكفول بالنفس إذا سلم نفسه إلى المكفول له فقال: سلمت نفسي إليك عن الكفيل برئ الكفيل، وإن لم يقل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل، وكذا لو أمر الكفيل رجلاً أن يسلم نفس المكفول به إلى الطالب أن قال المأمور للطالب: سلمت إليك نفسه عن الكفيل، ولو أن رجلاً أجنبياً ليس مأمور سلم المأمور به إلى الطالب وقال: سلمت عني الكفيل إن قبل الطالب برئ الكفيل، وإن سكت ولم يقل قبلت لا يبرأ الكفيل. ينظر: قاضي خان، هامش [د١٥٨ظ]. والدرر الحكام نقلاً (٢/٢٩٧) نصاً تماماً.
(١٠) ينظر: إعانة الطالبين (٣/ ٨٠). ومنهج الطلاب (١/ ٥٣). وفتح المعين (٣/ ٧٩).
(١١) في (و): (بوجوب).
(١٢) بياض في (هـ).
(١٣) في (ب، ج): (بلا).

شبه له بالبيع فيصح كذا في التبيين[١]. **(ولم يبرأ في كفالته بالنفس)** لعدم سبب البراءة .**(وإن مات المكفول عنه)** في الصورة المذكورة[٢]. **(ضمن المال)** لوجود الشرط وهو عدم الإتيان به[٣] **(ومن ادعى على رجل[٤] مالاً)** مقداراً كمائة دينار. **(بينه أو لا)**[٥] أي بين صفته على وجه تصح الدعوى أو لم يبين .**(فكفل بنفسه[٦] آخر على أنه إن لم يواف به غداً فعليه المال، صحت الكفالة ويجب المال عن الشرط)** خلافاً لمحمد، قيل لعدم الجواز عنده، بناء على أنه أطلق المال، ولم يقل المئة[٧] التي على المدعى عليه فعلى هذا لا فرق بين بيان المدعي المال وعدم بيانه، وقيل بناء [و١٣٥ظ] على أنه لما لم يبين المدعي لم تصح الدعوى[٨] فلم يستوجب إحضاره عليه إلى مجلس القاضي فلم [هـ٢٥٣] تصح الكفالة بالنفس فلا يجوز الكفالة بالمال لابتنائها عليها، فعلى هذا إن بيّن تكون الكفالة [د١٥٨و] صحيحة.

ولهما: أنه يراد بالمال المقدر المعهود، فإن بين المدعي فظاهر، وإن لم يبيّن فبعد ذلك إن [أ١٠٥ظ] بيّن يلتحق[٩] بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة بالنفس ويترتب عليها صحة الكفالة بالمال .**(ولا جبر على إعطاء كفيل في حد وقصاص)** هذا عنده[١٠]، وعندهما: يجبر في حد القذف، [لأن فيه حق العبد والقصاص][١١]؛ لأن الغالب في حق العبد [والقصاص لأن فيه حق العبد الغالب] والحق التمرتاشي[١٢] حد السرقة بهما، وله أن مبناها [ج ٤١ ط] [على الدرء][١٣] فالجبر على[١٤] إعطاء الكفيل فيهما يفضي إلى فساد الوضع وليس تفسير

---

(١) فإن علق الكفالة بشرط غير ملائم مثل هبوب الريح لم تصح كالبيع، وإن بملائم متعارف مثل عدم الموافاة في وقت تصح كالنذر مع أن هذا التعليق ليس في وجوب المال بل في وجوب المطالبة. ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٥٠). ومجمع الأنهر (٢/ ١٢٨).

(٢) لوجود الشرط، وهو عدم الموافاة.

(٣) (به): لم ترد في (ب، ج).

(٤) في (ب، ج): (رجلاً).

(٥) (أو لا): لم ترد في (ب). وفي (هـ): (بعينه).

(٦) في (ب، ج، هـ، و): (نفسه).

(٧) (المئة): لم ترد في (أ، ج، د، هـ).

(٨) (الدعوى): لم ترد في (ب، و).

(٩) في (أ): (يلتحق بالبيان).

(١٠) في (و): (وعندنا).

(١١) ما بين القوسين، لم ترد في (د، هـ).

(١٢) ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٥٣).

(١٣) في (ب، ج): (الردء).

(١٤) في (أ): (في).

الجبر عندهما][1]ها هنا أن يجبر بالحبس وغيره من العقوبة، ولكن يأمره القاضي بالملازمه، وأن[2] يدور معه حيث دار .(**ولو سمحت نفسه به**) أي لو أعطى برضاه كفيلاً فبهما (**صح**) قال[3] في "البدائع". وتجوز الكفالة [بنفس[4] من عليه][5] القصاص في النفس [ب٤٣ و] وما دونها وبحد[6] القذف والسرقة إذا بذلها المطلوب بلا خلاف[7] بين أصحابنا وهو الصحيح"[8] (**ولا حبس فيهما حتى يشهد[9] فيه مستوران أو عدل**) يعرف القاضي؛ لأن الحبس للتهمة ها هنا والتهمة تثبت بأحد شرطي الشهادة العدد والعدالة .(**وصح الكفالة والرهن بالخراج**) لأنه دين يطالب به ممكن الاستيفاء بخلاف الزكاة لا لأنها ليست بدين لما مر في كتاب الزكاة أنها[10] من الديون بل لأنها ليست من الديون المطلقة لسقوطها[11] بالموت .(**وأخذ كفيل بالنفس ثم آخر وهما كفيلان**) أي ليس أخذ الثاني تركاً للأول[12]. (**والكفالة بالمال تصح ولو[13] مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً**) أي[14] الدين الصحيح على ما فهم من "الهداية" حيث قال[15]: "وشرط أن يكون ديناً صحيحاً، ومراده أن لا يكون بدل الكتابة" هو ما لا يثبت من المنافي ولا يكفي

(١) ما بين القوسين، لم ترد في (هـ، و).
(٢) (وان): لم ترد في (هـ).
(٣) في (ب،ج): (قال).
(٤) (بنفس): مكرر في (ب).
(٥) ما بين القوسين، لم ترد في (و).
(٦) في (ب،ج): (ويجب الحد).
(٧) (بلا خلاف): لم ترد في (ب، ج).
(٨) لأنه كفالة بمضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين، وإنما الخلاف إنه اذا امتنع من اعطاء الكفيل عند الطلب، وهل يجبره القاضي؟ قال أبو حنيفة: لا يجبره، وقال أبو يوسف ومحمد: يجبره.
ووجه قولهما: أن نفس من عليه القصاص والحد مضمون التسليم عليه عند الطلب كنفس من عليه الدين ثم تصح الكفالة بنفس من عليه الدين ويجبر عليها عند الطلب، فكذا هنا.
وجه قول أبو حنيفة: أن الكفالة شرعت وثيقة والحد ومبناها على الدرء فلا يناسبها التوثيق بالجبر على الكفالة ولا يلزمه الحبس في الحدود والقصاص قبل تزكية الشهود والحبس توثيق لأن الحبس للتهمة لا للتوثيق لأن شهادة شاهدين أو شاهد واحد لا تخلو عن ايراث تهمة من مكان الحبس لأجل التهمة دون التوثيق، ويجوز الجبر على اعطاء الكفيل في التعزير لأنه لا يحتال لكونه حق العبد. أما الدين: فتصح الكفالة به بلا خلاف لأنه مضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل. ينظر: البدائع (٤/ ٦٠٩) وما بعدها.
(٩) في (هـ): (تشهد).
(١٠) في (و): (انه).
(١١) في (ب، ج): (ليفوتيها).
(١٢) في (و): (بترك الأول).
(١٣) في (هـ): (وان).
(١٤) (أي) لم ترد في (أ، د، هـ).
(١٥) ينظر: الهداية (٣/ ٩١).

ذلك في صحة[١] الدين لتحققه في دين الزكاة مع أنه[٢] لا تصح الكفالة به لا يقال ذلك[٣] فقد وصف الإطلاق على ما ذكر آنفاً لفقد وصف الصحة، لأنا نقول شرط الإطلاق غير خارج عن شرط الصحة وإلا لما صح الاكتفاء به، فالوجه ما قيل الدين الصحيح ما لا يسقط إلا بالأداء أو بالإبراء، والمراد من الإبراء ما يعم الحكمي، وهو أن يفعل فعلاً يلزمه سقوط الدين فلا يرد النقض بدين المهر لأن سقوطه بمطاوعتها[٤] لابن زوجها من قبيل الإبراء بالمعنى المذكور .(**نحو كفلت بما لك أو بما يدركك في هذا البيع**) هذا يسمى ضمان الدرك[٥]، وضمان الاستحقاق؛ لأنه يضمن للمشتري رد الثمن إذا استحق المبيع .(**ولا يؤخذ**[٦] **ضامن الدرك إن استحق المبيع ما لم يقبض بثمنه على بائعه**) إذ بمجرد الاستحقاق لا ينقص البيع في ظاهر الرواية ما لم يقبض بالثمن على البائع فلم يجب على الأصل رد الثمن فلا يجب على[٧] الكفيل .(**أو علقت بشرط ملائم**)[٨] الملائمة تثبت بكون الشرط[٩] سبباً لوجوبه كقوله [و١٣٢و] إن استحق المبيع أو بكونه ممكناً من الاستيفاء كقوله إن قدم فلان [هـ٢٥٤] ولا يلزم أن يكون مكفولاً عنه. قال في البدائع[١٠]: "لأن قدومه وسيلة إلى الأداء في الجملة لجواز أن يكون مكفولاً عنه أو مضاربة أو يكون سبباً لتعذر الاستيفاء منه كقوله: إن غاب فلان فهذه[١١] جملة الشرط[١٢] التي يجوز تعليق الكفالة بها" .(**نحو ما بعت فلاناً**) لو

---

(١) في (د): (لصحته).
(٢) (أنه): لم ترد في (ب، ج).
(٣) (ذلك): لم ترد في (هـ).
(٤) في (هـ): (لمطاوعتها).
(٥) ضمان الدرك: هو عبارة عن ضمان الاستحقاق وهو مجهول، وهو أن يقول المشتري أنا ضامن للثمن إن استحق المبيع أحد، والدرك بتحريك الراء وتسكينها التبعة يقال ما لحقك من درك فعلى خلاصته فإن قيل هذا ضمان مال مجهول فلا يصح كما لو قال ضمنت لك بعض مالك على فلان فقيل هذا يصح عندنا والخيار فيه إلى الضامن يبين أي مقدار شيئاً.
ينظر: الفتاوى الخانية (٣/ ٨٨). والبناية (٦/ ٧٤٤). والبحر الرائق (٦/ ٢٣٧). وحاشية ابن عابدين (٥/ ٣٠٣).
(٦) في (د): (ولا يأخذ).
(٧) (على): لم ترد في (ب، و).
(٨) ولا يجوز تعليقها بشرط غير ملائم ويجوز تأجيلها إلى أجل معلوم والجهالة اليسيرة فيها محتملة بتصرف كالتأجيل إلى القطاف وقدوم الحاج ولا يجوز إلى هبوب الريح أو نزول المطر فإن أجله إليه بطل الأجل ولزمه تسليم النفس حالاً. ينظر: الهداية (٣/ ٩١). وتبيين الحقائق (٤/ ١٥٤). والدرر (٢/ ٢٩٩).
(٩) في (ب، ج، و): (المشروط).
(١٠) ينظر: البدائع (٤/ ٦٠٢).
(١١) في (و): (وهذه).
(١٢) في (أ، د): (الشروط). وفي (هـ، و): (شرطية).

قال ما غصبك أهل هذا الدار لم يجز حتى [ج٤١و] يسمى إنساناً بعينه، ولذلك قال فلاناً ذكره الزاهدي في شرحه[١]. **(أو ما ذاب)**[٢] أي ما وجب[٣] **(لك**[٤] **عليه أو غصبك فعلي)** [ب ٤٤ظ] ما شرطية معناه إن بايعت[٥] فلاناً فإني ضامن لثمنه لا ما اشتريت منه فإني ضامن[٦] للمبيع[٧]، لأن الكفالة بالمبيع[٨] لا يجوز على ما يأتي .**(وإن علقت بمجرد الشروط)** المراد من مجرد الشرط الشرط المحض[٩] ما[١٠] ليس بمتعارف .**(لا كأن هبت الريح أو جاء المطر)** يعني لا تصح الكفالة إن علقت بهبوب الريح ونحوه كنزول المطر لأنه لا يصح التعليق وتصح الكفالة، كما أنه لا يصح التأجيل وتصح الكفالة إذا جعل الأجل فيها[١١] إلى هبوب الريح، قال [أ١٠٥و] القاضي أبو زيد في الأسرار[١٢]: لا خلاف في الكفالات لأنها[١٣] تبطل بالشروط[١٤] المحضة[١٥]، لا يقال أن الكفالة لما صح تعليقها بالشروط لا تبطل بالشروط الفاسدة لأنا نقول نعم لا تبطل بالشروط الفاسدة لكن تبطل بالشروط الغير المتعارفة وبطلانها في الصورة المذكورة ليس بفساد[١٦] الشرط المذكور[١٧] بل لكونه غير متعارف على ما أفصح عنه قاضيخان في "شرح الجامع الصغير" حيث قال: أن الكفالة بالمال تبرع ابتداء بمنزلة الوصية حتى لا تبطل بالشروط الفاسدة معاوضة في الثاني، لأن الكفيل يرجع على الأصيل بما كفل بعد الأداء إذا كفل بأمره فيكون بيعاً في الزمان[١٨] الثاني والبيع لا

---

(١) ينظر: المجتبى [١٨٩/ظ].
(٢) في (هـ): (أو ما وجب).
(٣) في (ب، ج، د): (وجب).
(٤) في (هـ): (لك لكن).
(٥) في (هـ): (أن ما بعت).
(٦) بياض في (ب).
(٧) في (و): (للبيع).
(٨) في (أ، هـ): (للمبيع).
(٩) في (ب): (للمحض).
(١٠) (ما): لم ترد في (هـ).
(١١) (الأجل فيها): لم ترد في (ب).
(١٢) أبو زيد في الأسرار: هو أبو زيد عبيد الله بن عمر بن عيسى القاضي الدبوسي نسبة إلى دبوسية قرية بسمرقند، وهو أول من وضع علم الخلاف وأجل تصانيفه "الاسرار" وله النظم في "الفتاوى" وكتاب تقويم الادلة وغيرها، توفي ببخارى سنة (٤٣٠هـ). ينظر: تاج التراجم ص٣٦، رقم (١٠٧). والفوائد البهية ص١٠٩.
(١٣) في (ج، د): (انها). وفي (هـ): (ان).
(١٤) في (ج): (بالمشروط).
(١٥) في (ب، ج): (المختصة).
(١٦) في (أ، د): (لفساد).
(١٧) في (و): (المذكورة).
(١٨) (الزمان): لم ترد في (ب، ج).

يحتمل[1] التعليق والوصية يحتمله فقلنا بالشبهين وقلنا بأنها يحتمل التعليق بالشرط المتعارف لا يحتمل بما ليس بمتعارف كدخول الدار[2] **(فإن[3] كفل بمالك عليه ضمن قدر ما قامت به بينته وبلا بينة[4] صدق الكفيل فيما[5] يقر به مع حلفه)** على نفي الزيادة على العلم لا على البنات[6] **(والأصيل[7] في إقراره بأكثر[8] منه على نفسه فقط)** أي[9] لا يتعدى[10] قوله أي الكفيل[11] لعدم ولايته عليه والإقرار[12] على الغير لا يتعدى إلا إذا كان عن ولاية[13]. **(وللطالب[14] مطالبة من[15] شاء من أصيله[16] وكفيله ومطالبتهما فإن طالب أحدهما فله مطالبة الآخر)** لأن المطالبة بالكفالة لاتتضمن التمليك بخلاف المالك إذا اختار تضمين أحد الغاصبين؛ لأنه يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضي به فلا يمكنه[17] التمليك من الثاني[18] .**(وتصح بأمر الأصيل وبلا[19] أمره ثم إن أمر)** وهو غير صبي محجور عليه وغير عبد محجور عليه .**(رجع عليه بما ضمنه)** حتى لو كان ما ضمنه

---

(١) (لا يحتمل): لم ترد في (هـ).

(٢) وبهذا التفصيل أفصح صحة ما قيل من أن ما في الهداية والكافي سهو قياس الكفالة بالخلاف والفسق ليس بصحيح فان حقها أن يقاس بالبيع.
ولو جعل الاجل في الكفالة إلى هبوب الريح لا يصح التأجيل ويحسب المال حالاً، وكذا بالنفس يجوز تعليقها بشرط ملائم كالكفالة بالمال. ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٥٤). والدرر الحكام (٢/ ٢٩٩).

(٣) في (ب، ج): (وان).

(٤) في (أ): (ولا بينة).

(٥) في (ب، ج): (بما).

(٦) في (أ): (الثبات).

(٧) في (ب، ج): (والاصل).

(٨) في (ب، ج): (وأكثر).

(٩) (أي): لم ترد في (هـ).

(١٠) في (هـ): (يتعدى).

(١١) في (ب): (كفيله).

(١٢) في (هـ): (وللأقرار).

(١٣) لأنه لو كفل بما ذاب أي حصل لك على فلان أو بما ثبت فأقر المطلوب بمال لزم الكفيل أما لو أبى الأصيل اليمين فألزمه القاضي فلم يلزم الكفيل؛ لأن النكول ليس باقراره.
ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ١٣٢). والبحر الرائق (٦/ ٢٤٢).

(١٤) في (ب، ج): (وللمطالب).

(١٥) في (ب، ج): (ما).

(١٦) في (ب، ج): (أصيل).

(١٧) في (و): (ولا يمكن).

(١٨) في (و): (الثاني).

(١٩) الفرق بين الكفالة بأمر الأصيل وبغير أمره: أن الكفالة بأكثر كما توجب الدين عن الكفيل توجب للكفيل على الأصيل وثنى معاوضة في الزمان الثاني والكفالة بغير أمر محض تبرع فكان بينهما فرق.

جياداً وأدى زيوفاً يرجع على الأصيل بالجياد وكذا إذا صالح على [و١٣٣ظ] جنس آخر؛ لأنه مبادلة فيملكه فيرجع بجميع الألف.

ويرد عليه: أن فيه تمليك الدين من غير من عليه[١] [هـ٢٥٥] الدين ولا صحة له وقيل في دفعه أن الدين يجعل ثابتاً في ذمة [ب٤٤و] الكفيل ضرورة صحة التمليك وفيه نظر .(**بعد أدائه إلى طالبه، ولا يطالبه[٢] قبله**)؛ لأنه لا يملكه قبل الأداء [بخلاف الوكيل بالشراء فإنه يطالبه بالثمن قبل الأداء][٣]؛ لأنه انعقد بينهما[٤] مبادلة حكمية [ج٤٢ظ] .(**وإن لم يأمره لم يرجع، فإن لزوم الكفيل بالمال [فله[٥] ملازمة أصيله فإن حبس][٦] فله حبسه**)؛ لأن لحقه ما لحقه من جهته فيعامل بمثله .(**وإن أبرى الأصيل[٧] أو أوفى المال برئ الكفيل**) لسقوط[٨] الدين، وهذا ظاهر على أصل من قال أن الدين واحد، وكذا على أصل من قال أنه متعدد؛ لأن تعدده حكمي يسقط بأداء واحد .(**وإن أُبرئ هو لا يبرأ الأصيل**) [لأن عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصيل بدونها جائز (**وإن أخر عن الأصيل تأخر عنه بخلاف عكسه**» اعتبار للأجزاء الموقت بالمؤبد.(**فإن صالح الكفيل الطالب عن ألف على مئة برئ الكفيل والاصيل**)؛ لأنه أضاف الصلح إلى الألف الدين هو على الأصيل فبراء عن تسعمائة وبراءته توجب برء الكفيل في بريئاً عن المئة بأداء الكفيل .(**وإن صالح عن موجب الكفالة لم يبرأ الأصيل**) عن هذا الصلح ابراء الكفيل عن المطالبة فلا يوجب براءة الأصيل][٩] لأن هذه[١٠] المصالح[١١] ابراء الكفيل عن المطالبة فلا يوجب براءة الأصيل .(**وإن قال الطالب للكفيل برئت إليّ من المال رجع أصيله**)[١٢]؛ لأن البراءة التي ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها إلى الطالب لا تكون[١٣] إلا بالإيفاء، فكأنه قال: برئت بالأداء فيرجع بالمال على الأصيل [د١٦٠ظ] إن كانت الكفالة بأمره وإنما لم يذكره لانفهامه مما

---

(١) (عليه): مكررة في (هـ).

(٢) (ويطالبه): لم ترد في (ب).

(٣) ما بين القوسين، زيادة من (د).

(٤) في (ب، ج): (بهما).

(٥) في (هـ): (قبله).

(٦) ما بين القوسين، لم يرد في (و).

(٧) في (ب، ج، و): (فأبرأه الأصيل).

(٨) في (ب): (بسقوط).

(٩) ما بين القوسين، لم يرد في (أ، ب، و).

(١٠) في (و): (هذا).

(١١) في (و): (والصلح).

(١٢) في (و): (أصله).

(١٣) (لا تكون): لم ترد في (و).

تقدم .(**وكذا في: برئت عند أبي يوسف خلافاً لمحمد**) له: أن البراءة تكون بالأداء والإبراء فيثبت الأدنى ولا يرجع الكفيل بالشك ولأبي يوسف: أنه[١] أقر بالبراءة التي ابتداؤها من المطلوب وهي بالأداء فيرجع، وهذا إذا كان الطالب[٢] غائباً فإن[٣] كان حاضراً يرجع بالبيان إليه؛ لأن إكمال ما جاء من جهته كذا في "شروح[٤] الجامع الصغير" وغيره .(**وفي أبرأتك يسقط[٥] عنه لا عن الأصيل**) ذكره في الحقائق[٦] إنما لم يقل لا يرجع لإشعاره[٧] السقوط عن الأصيل .(**ولا يصح تعليق البراءة عن الكفالة[٨] بالشرط كسائر البراءات[٩] ولا كفالة[١٠] بما تعذر استيفاؤه[١١] من الكفيل[١٢] كالحدود والقصاص واللعان[١٣] وبالوديعة ومال المضاربة والشركة[١٤] وبالمستعار[١٥] والمستأجر والمرهون**)[١٦] أي بماليته المرهون[١٧] لكن يصح بتسليمه بعد القبض إلى الراهن .(**والمبيع**) أراد الكفالة بمالية ذلك؛ لأن ماليته غير مضمونة على الأصيل فإنه لو هلك ينفسخ البيع ويجب رد الثمن، وأما الكفالة بتسليم المبيع [ب٤٥ظ] قبل القبض فصحيحة لكن لو هلك لا يجب على الكفيل شيء .(**بخلاف الثمن**) لأنه دين يمكن[١٨] استيفاؤه[١٩] من[٢٠] الكفيل كسائر الديون، وإنما فصل هذه الأربع عما قبلها لأنها من نوع آخر، قال صاحب التحفة[٢١]: "أما الكفالة بالأعيان فهي[٢٢] أنواع [هـ٢٥٦]

---

(١) في (ب، ج): (وان).
(٢) (الطالب): لم ترد في (ب، ج).
(٣) في (ب، ج): (وان).
(٤) في (أ): (شرح). ولم ترد في (ب، ج).
(٥) في (هـ): (سقط).
(٦) ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٥٧).
(٧) في (د): (لاشعار).
(٨) في (ب): (بالمال).
(٩) في (ب، ج): (البراءة). وفي (د): (البراءت).
(١٠) في (ب، ج): (ولا كفالة).
(١١) في (ب): (استيفائه). وفي (أ، ج): (سبباً استيفاؤه).
(١٢) (من الكفيل): لم ترد في (هـ).
(١٣) في (ب، ج): (والكفارة).
(١٤) في (و): (ومال الشركة).
(١٥) في (هـ): (أو بالمستعار).
(١٦) أن الكفالة بالأعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا خلافاً للشافعي، لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضموناً بغيره كالمبيع. ينظر: الهداية (٣/ ٩٣).
(١٧) (المرهون): لم ترد في (ب، ج، هـ).
(١٨) في (ب): (ممكن).
(١٩) في (ب): (استيفائه).
(٢٠) في (أ، ج، د، هـ): (عن).
(٢١) ينظر: تحفة الفقهاء (٣/ ٢٤٢-٢٤٣) بتصرف.
(٢٢) في (أ، ب، ج): (فهو).

ثلاثة.

أحدها: الكفالة بعين هو أمانة في غير واجب التسليم [ج٤٢و] كالوديعة ومال المضاربة والشركة وهي لا تصح أصلاً.

والثاني: [و١٣٣و] الكفالة[١] بعين[٢] هو أمانة لكن واجب التسليم كالعارية في يد[٣] المستأجر، ولذا العين المضمونة بغير كالبيع قبل القبض مضمون بالثمن وكالرهن مضمون بالدين والجواب في الكل واحد، وهو أنه تصح[٤] الكفالة بتسليم العين فمتى هلك لا يجب على الكفيل قيمة العين.

والثالث[٥]: العين المضمونة[٦] بنفسه كالمغصوب والمبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء تصح الكفالة به ويجب عليه تسليم العين مادام باقياً وإذا هلك يجب عليه تسليم قيمته متى ثبت الغصب بالبينة أو بالإقرار[٧]. **(وبالحمل على دابة مستأجرة معينة)** إذ لا قدرة له على تسليم الدابة الغير. **(بخلاف غير[٨] المعينة)** لأنه يمكنه[٩] الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق هكذا قالوا.

ويرد على التعليل الأول: أن موجبه أن لا تصح الكفالة بتسليم دابة [د١٦٠و] معينة مستأجرة مع أنها صحيحة على ما مر آنفاً[١٠]، فالوجه ما في[١١] البدائع[١٢]: وهو أن الأول الواجب على الآجر فعل تسليم الدابة دون الحمل يكن الكفالة بالحمل كفالة مضمون[١٣] على الأصيل فلم يجز. وفي الثاني: الواجب عليه فعل الحمل دون تسليم الدابة فكانت الكفالة بالحمل كفالة بفعل وهو[١٤] مضمون[١٥] على الأصيل فجازت **(وبخدمة[١٦] عبد مستأجر لها معين)** لما ذكر في الدابة.

---

(١) (الكفالة): لم ترد في (ب، د).
(٢) في (ب، ج): (تعين).
(٣) (في يد): لم ترد في (أ، ب، ج، هـ، و).
(٤) في (أ، د، و): (لا تصح).
(٥) في (و): (الثلث).
(٦) في (أ): (المضمون).
(٧) في (ب): (والاقرار). وفي (و): (أو الاقرار).
(٨) في (ب، ج): (الغير).
(٩) في (هـ): (يمكن).
(١٠) في (ب): (اتفاقاً).
(١١) (ما في): ساقطة من (هـ).
(١٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٦٠٨).
(١٣) في (ب، ج): (بمضمونة).
(١٤) (وهو): لم ترد في (هـ).
(١٥) في (هـ): (بمضمون).
(١٦) في (ج): (ولخدمته).

(وعن ميت مفلس)[١] هذا عنده، وعندهما[٢]: تصح؛ لأن الدين كان ثابتاً في حياته فلا يسقط بالإيفاء أو[٣] الإبراء والانفساخ بسبب الوجوب وبالموت لم يتحقق واحد منها ولهذا يؤخذ به في الآخرة، ولو تبرع إنسان بقضائه جاز وله: أنه كفل[٤] بدين ساقط؛ لأنه لما مات ولم يترك مالاً ولا كفيلاً[٥] يسقط في حق أحكام الدنيا[٦] فلا تصح الكفالة به وإنما صح التبرع به بناءً[٧] على أنه باق[٨] في حق صاحبه؛ لأن سقوطه عن المديون ضرورة فيتقدر بقدرها فيظهر[٩] في حق من عليه دون من له .**(وبلا قبول**[١٠] **في المجلس)** قال في "الحقائق"[١١]: كفل بنفس رجل أو بمال بغيبة الطالب جاز عنده، وعندهما: لا يجوز إلا أن يقبل عنه قابل في المجلس فيتوقف على إجازته[١٢]، انتهى. فشرط الصحة مطلق القبول، وأما قبول الطالب بخصومه فإنما هو شرط النفاذ[١٣] **(إلا إذا كفل عن مورثه في مرضه)** بأمره لابد من هذا القيد على ما أفصح عنه صاحب "الهداية"[١٤] في تصوير المسألة ويرشدك إليه التعليل الآتي ذكره .**(مع غيبة غرمائه)** لأن ذلك في الحقيقة وصية ولهذا[١٥] تصح[١٦] وإن لم يسمِّ[١٧] المكفول[١٨] لهم .**(وبمال الكتابة)** لما مر أنه ليس بدين صحيح **(حر كفل به أو عبداً ذكره)** دفعاً لتوهم أن كفالة العبد به [ج٤٣ظ] ينبغي أن تصح؛ لأنه لا يجوز[١٩] ثبوت مثل هذا[٢٠] الدين عليه؛ لأنه

---

(١) بأن لم يترك مالاً وعليه ديون. ينظر: شرح الكنز (٢/ ٥٨). يعني إذا مات من عليه دين ولم يترك شيئاً. ينظر: الدرر الحكام (٢/ ٣٠٠).
(٢) في (أ، د، هـ، و): (وقالا).
(٣) (أو): لم ترد في (هـ).
(٤) في (و): (يكفل).
(٥) في (و): (ولا كفيله).
(٦) (الدنيا): لم ترد في (هـ).
(٧) (بناء): لم ترد في (هـ).
(٨) في (هـ): (باقي).
(٩) في (هـ): (فتظهر).
(١٠) في (هـ): (ولا قبول).
(١١) ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٥٩).
(١٢) في (و): (اجازة).
(١٣) في (أ، د، هـ، و): (وانفاذ).
(١٤) ينظر: الهداية (٣/ ٩٤).
(١٥) (ولهذا) مكررة في (ب).
(١٦) في (و): (واحدة).
(١٧) في (ب، ج): (يتسم).
(١٨) في (ب، ج): (الكفيل المكفول). ولهذا قالوا إنما تصح إذا كان له مال أو يقال أنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريغاً لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما إذا حضر بنفسه وإنما يصح بهذا اللفظ لا يشترط القبول لأنه لا يراد به التحقيق دون المساومة ظاهراً في هذه الحالة فصار كالأمر بالنكاح. ينظر: الهداية (٣/ ٩٤). والاختيار (٢/ ٤٤٦).
(١٩) في (د، هـ): (يجوز).
(٢٠) (هذا): لم ترد في (هـ).

محل الكتابة .(**ولا يرجع أصيل بما أدى إلى كفيله**[١] **وإن لم يعطيه** [هـ٢٥٧] **طالبه**) أي عجل الأصيل فأدى المال إلى [أ١٠٦و] الكفيل بأمره ليس له أن يسترده، وإن لم [و١٣٤ظ] يعطه الطالب[٢] بعد كما إذا عجل أداء الزكاة؛ لأن الكفالة بأمر المكفول عنه انعقدت سبباً لدينين[٣]: دين الطالب على الكفيل، ودين الكفيل على المكفول عنه مؤجلاً إلى وقت أدائه فإذا وجد السبب أو عجل[٤] صح الأداء ويملك[٥] الكفيل فلا يسترده عنه هذا بخلاف ما إذا أداه على وجه الرسالة؛ لأنه حينئذٍ تمضِ أمانة في يده [د١٦١ظ] .(**فما ربح الكفيل فيه**) أي فيما أدى الأصيل إليه .(**فهو له**[٦] **لا يتصدق به ولا يرده إلى قاضيه إن كان**) أي ما ربح فيه. (**مما لا يتعين**) كالدرهم والدينار؛ لأنه حلال طيب لما ذكرنا أنه ملكه .(**وإلا**) أي[٧] إن كان مما يتعين بالتعيين .(**كالكر**[٨] **فرده إليه**) أي إلى قاضيه .(**أحب**) لأنه تمكن[٩] فيه خبث بسبب أن للأصيل[١٠] حق استرداده على تقدير أن يقضي الدين بنفسه فيكون حق الأصيل متعلقاً به، وهذا الخبث يعمل فيما يتعين بالتعيين بخلاف ما لم يتعين بالتعيين[١١]، ولذلك لم يكن الرد واجب[١٢] في المسألة السابقة .(**ولا يجب عليه في الحكم**) هذا عنده في رواية "الجامع الصغير"[١٣]، وقالا: "هو له ولا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه، وعنه أنه يتصدق[١٤] (**كفيل أمره أصيله بأن يتعين عليه ثوباً**) أي أمر الأصيل الكفيل بأن يشتري له ثوباً بأكثر من القيمة ليقضي به دينه بطريق العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيأبى[١٥] عليه ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً نسيئة رغبة في نيل الزيادة فيبعه المستقرض بعشرة نقداً ويتحمل خمسة [ب٤٦ظ] ويجب عليه للبائع خمسة عشر[١٦] إلى أجل يسمى به لما فيه من الإعراض من الدين إلى العين وهو مكروه لما فيه من

---

(١) في (هـ): (الكفيل).
(٢) (الطالب): لم ترد في (أ).
(٣) في (هـ): (الدينين).
(٤) في (ج): (وعجل).
(٥) في (د): (ملك).
(٦) (له): لم ترد في (و).
(٧) في (أ، ب، ج): (إذا).
(٨) في (ج): (لمالكه).
(٩) في (هـ): (يمكن).
(١٠) في (د، و): (لأصيل).
(١١) (بالتعيين): لم ترد في (ب).
(١٢) في (هـ): (الرواقب).
(١٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٧٢). والهداية (٣/ ٩٤).
(١٤) في (ب): (لا يتصدق).
(١٥) في (ب، ج): (فيأتى).
(١٦) في (أ، د): (عشرة). وفي (ج): (عشر). ولم ترد في (هـ).

الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة شح النفس **(ففعل، فهو له)** أي: الثوب للكفيل .**(وما ربح بائعه فعليه)** قيل هذا ضمان لما يخسر[١] المشتري نظراً إلى قوله عليّ وهو فاسد وليس بتوكل، وقيل: هو توكيل فاسد؛ لأن المبيع غير[٢] متعين[٣]، وكذا الثمن لجهالة[٤] ما زاد على الدين وكيف ما كان فالشرى للمشتري وهو الكفيل والربح أي زيادة عليه؛ لأنه العاقد **(ولو[٥] كفل بما ذاب له أو بما قضى له عليه وغاب أصيلهُ فأقام مدعيه بينة على كفيله أن له على أصيله كذا ردت)** لأن المكفول به مال مقضي به، وهذا في لفظه[٦] القضاء وظاهر وكذا في[٧] الأخرى؛ لأن معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء أو مال يقضي به وهذا ماضٍ أريد به المستأنف الدعوى عن مطلق[٨] ذلك فلا تصح .**(وإن أقام [ج٤٣و] بينة أن له على زيد كذا وهذا كفيله بأمره)** هذا[٩] ابتداء مسألة[١٠] لا تعلق له بما قبله .**(قضى عليهما)** ويكون للكفيل حق الرجوع على الأصيل خلافاً لزفر[١١]؛ لأنه لما أنكر كان زعمه أن هذا الحق غير ثابت [هـ٢٥٨] بل المدعي ظلم فلا يكون له أن يظلم غيره قلنا الشرع كذبه فيبطل زعمه .**(و[١٢]في الكفالة بلا أمره على الكفيل فقط)** أي[١٣] أقام البينة أنه كفيل بلا أمره يقضي القاضي بالمال [د١٦١و] على الكفيل فقط .**(ولو ضمن [و١٣٤و] بالدرك بطل دعواه بعده)** لأنه ترغيب للمشتري في الشراء فيكون بمنزلة الإقرار بملك البائع فلا يصح دعواه بعد ذلك وإنما أطلق الدعوى ليعم دعوى الشفعة .**(ولو شهد)** أي كتب .**(شهادته وختم)**[١٤] لا؛ لأن الشهادة ليس فيها ما يدل على أنه أقر للبائع بالملك إذ البيع[١٥] يوجد من غير المالك كما يوجد من المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الواقعة أو لينظر [في البيع][١٦] حتى إذا رأى فيه مصلحة أجازه، وقوله أجازه وقوله ختم[١٧] وقع اتفاقاً

---

(١) في (ب، ج): (لما يخطر). وفي (هـ): (لما يخير).
(٢) في (هـ): (ليس).
(٣) في (ب، ج): (معين).
(٤) في (هـ): (بجهالة).
(٥) (ولو): لم ترد في (ب، ج، هـ).
(٦) في (ب، و): (لفظ).
(٧) (في): لم ترد في (هـ).
(٨) (مطلق): لم ترد في (ب).
(٩) (هذا): لم ترد في (أ، د، هـ، و).
(١٠) (مسألة): لم ترد في (و).
(١١) ينظر: الهداية (٣/ ٩٥).
(١٢) (الواو): لم ترد في (ب، ج).
(١٣) في (أ، ج): (أي ان).
(١٤) في (ب، هـ): (ضم).
(١٥) في (ب، ج): (البائع).
(١٦) ما بين القوسين، لم يرد في (ب).
(١٧) في (ب، هـ): (ضم).

باعتبار عادتهم .(**قالوا: أن نكتب**[١] **في الصك باع ملكه أو بيعاً نافذاً وهو كتب شهد بذلك بطلت**) لأن شهادته يكون إقراراً[٢] بأن البائع قد باع ملكه أو بيعاً نافذاً[٣] فإذا ادعى الملك لنفسه[٤] بعد ذلك يكون مناقضاً .(**ولو كتب شهادته على** [أ١٠٧ظ] **إقرار العاقدين لا**) لعدم التناقض.

[فصل في الضمان]

(**ولو ضمن العهدة**) إنما بطل هذا الضمان؛ لأن العهدة قد جاءت لمعان[٥]:

للصك القديم.

وللعقد ولحقوقه.

وللدرك.

وللخيار فلا يثبت [ب٤٦و] أحدها بالشك.

ولا تأثير في تمام هذا التعليل لعدم صحة الكفالة بالعهدة بمعنى الصك لكونه ملكاً للبائع[٦]. (**أو الخلاص**) هذا عنده له أنه عبارة عن تخليص المبيع مع المستحق وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه، وعندهما: بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو ثمنه فصح الخلاف راجع إلى[٧] التفسير .(**أو المضارب الثمن لرب المال**) أي باع المضارب وضمن الثمن لرب المال .(**أو الوكيل**[٨] **بالمبيع لموكله**) إنما لا يجوز فيها؛ لأن الثمن أمانة عند المضارب والوكيل[٩] فالضمان تغير لحكم الشرع؛ ولأن حق[١٠] المطالبة لهما فيصيران ضامنين لنفسهما .(**أو أحد البائعين حصة صاحبه من ثمن عبد باعه بصفقة بطل**) لأنه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامناً لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه[١١] يؤدي إلى قسمة المدين قبل قبضه وهذا لا يجوز .(**وبصفقتين**)[١٢] لا؛ لأنه لا شركة .(**كضمان**

---

(١) في (ج): (كنت).

(٢) في (ب، ج): (إقرار).

(٣) في (و): (نافذاً كتب).

(٤) في (ب، ج): (بنفسه).

(٥) في (ب، ج): (لمعاني).

(٦) ينظر: الهداية (٣/ ٩٧).

(٧) (إلى): لم ترد في (ب، ج).

(٨) في (ب، ج، هـ، و): (والوكيل).

(٩) في (و): (أو الوكيل).

(١٠) في (ب): (الحق).

(١١) في (ب، ج): (صاحبيه).

(١٢) أي باعا عبداً صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن؛ لأنه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضماناً لنفسه، ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف ما إذا باعا بصفقتين لأنه لا شركة، ألا ترى أن للمشتري أن يقبل نصيب =

النوائب)[١] وهي إما بحق ككري[٢] النهر[٣] وأجر[٤] الحارس وما يوظف لتجهيز الجيش وغير ذلك.

وإما بغير حق كالجنايات في زماننا والكفالة بالأولى صحيحة اتفاقاً وفي الثانية خلاف[٥] الفتوى على الصحة فإنها كالديون الصحيحة حتى لو أخذت[٦] [ج٤٤ظ] من الأكار[٧] فله الرجوع على مالك الأرض .**(والقسمة)** الفرق بينها وبين النوائب إن القسمة ما يكون راتباً [د١٦٢ظ] والنوائب ما ليس[٨] براتب كذا قيل.

(وإن قال ضمنته[٩] **إلى شهر صدق هو وإن ادعى الطالب أنه حال)** أي أقر أنه كفيل بدين عن فلان وادعى الاجل فصدقه [هـ٢٥٩] المقر له وهو الطالب في الكفالة وكذبه في الأجل كان القول قول المقر[١٠] لأنه أقر بثبوت حق بعد شهر ديناً كان أو مطالبة، والمقر له يدعيه في الحال وينكر فكان القول قوله، بخلاف ما إذا أقر بالدين المؤجل فصدقه المقر في الدين وكذبه في الأجل حيث يكون القول فيه قول المقر له؛ لأن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقاً لنفسه وهو الأجل فلا تقبل قوله بلا بينة [و١٣٥ظ].

فصل في كفالة الرجلين

(دين على اثنين كفل كل عن الآخر بأمره لم يرجع على شريكه إلا بما أدى

= أحدهما ويقبض إذا نقد ثمن حصته وإن قبل في الكل. ينظر: الهداية (٣/ ٩٧).

(١) النوائب: جمع نائبة وهي ما ينوب الانسان، أي ينزل به من المهمات والحوادث والنائبة المصيبة والنائبة النازل. ينظر: لسان العرب (١/ ٧٧٤).

(٢) في (و): (كري).

(٣) (النهر): لم ترد في (هـ).

(٤) في (ب، ج): (واجبر).

(٥) فقال بعضهم: لا تجوز الكفالة منهم صدر الإسلام البزدوي لأنها ضم ذمة إلى ذمة أو الدين وهنا لا مطالبة ولا دين شرعيين فلم يتحقق معناها.
وقال بعضهم تجوز: ومنهم فخر الإسلام علي البزدوي، لأنها في المطالبة مثل سائر الديون بل فوقها والعدة للمطالبة؛ لأنها شرعت لالتزامها، فالمطالبة الحسية كالمطالبة الشرعية، ولذا قلنا من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالعدل يؤجر وإن كان الآخذ بالأخذ ظالماً، وقلنا: من قضى نائبة عن غيره بأمره رجع عليه وإن لم يشترط الرجوع وهو الصحيح كمن قضى دين غيره بأمره. ينظر: الهداية (٣/ ٩٦). مجمع الأنهر (٢/ ١٤٢). وتبيين الحقائق (٤/ ١٦٥).

(٦) في (و): (أخذ).

(٧) الأكار: العامل بالأجرة.

(٨) في (ب، ج): (ليس).

(٩) في (أ، ب، ج): (ضمنت).

(١٠) في (و): (المنكر).

زائداً على النصف) لأن وقوع المؤدى عما عليه إحالة أولى عن وقوعه عما عليه كفالة .**(ولو كفلا**[١] [ب٤٧ظ] **بشيء**[٢] **عن رجل بأمره ثم كفل كل به)** أي بعدما كفلا بذلك الشيء عن الاصيل كفل كل وأحد من الكفيلين .**(عن صاحبه)** [بأمره بذلك الشرع][٣] **(رجع عليه)** أي رجع كل منهما[٤] على صاحبه .**(بنصف ما أدى وإن**[٥] **قل)** لأن الكل كفالة ها هنا فلا يصحان ثم يرجعان إلى الأصيل لأنهما أديا عنه دينه بأمره أحدهما بنفسه والآخر بنائبه وإن شاء[٦] رجع على الأصيل بكل ما أدى؛ لأنه كفل بكل المال بأمره هذا إذا تكفل وكل واحد منهما عن الأصيل بجميع الدين على التعاقب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالجميع، وأما إذا تكفل كل واحد منهما بالنصف ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فهي كالمسألة الأولى في الصحيح[٧] حتى لا يرجع على شريكه بما أدى ما لم يزد على النصف، وهكذا لو[٨] تكفلا[٩] عن أصيل بجميع الدين معاً ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه؛ لأن الدين ينقسم عليهما نصفين ولا يكون كل واحد منهما كفيل عن الأصيل بالجميع وكذا لو كفل كل واحد منهما عن الأصيل بالجميع متعاقباً ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف .**(وإن أبرأ الطالب أحدهما أخذنا الآخر بكله)** لأن كل منهما كفيل بالكل عن الأصيل .**(ولو فسخت المفاوضة أخذ رب الدين أياً شاء من شريكهما بكل دينه)** لما عرفت أن شركة المفاوضة تتضمن الكفالة .**(ولا يرجع أحدهما**[١٠] **على**[١١] **صاحبه إلا بما أدى زائداً على النصف)** لما مر أن جهة الاصالة راجحة على جهة النيابة كفالة كانت أو وكالة فلا يختلف [د١٦٢و] الحكم بكون المؤدي هو [أ١٠٧و] المشتري أو صاحبه .**(عبدان كوتبا بعقد)**[١٢] لابد من وحدة العقد في تمشية وجه الاستحسان على ما ستقف عليه ولذلك اعتبر في [ج٤٤و] صورة المسألة وأما تعيين الأجل بأن يقال إلى سنة مثلاً فلا حاجة إليه .**(وكفل كل عن صاحبه بأمره رجع كل على آخر بنصف ما أدى)** هذا

---

(١) في (ب، ج): (ولو كلاً).
(٢) في (ب، ج): (شيء).
(٣) ما بين القوسين، لم يرد في (و).
(٤) (منهما): لم ترد في (و).
(٥) (وان): لم ترد في (ب، ج).
(٦) (شاء): لم ترد في (ب، ج).
(٧) في (و): (صحيح).
(٨) (لو): لم ترد في (ب، ج).
(٩) في (ب، ج، هـ): (من).
(١٠) في (ب، ج): (أخذهما).
(١١) في (ب، ج): (عن).
(١٢) (بعقد): لم ترد في (ب).

استحسان والقياس أن لا يجوز؛ لأن فيه[١] كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد بانفراده باطل فعند الاجتماع أولى فصار كما كانت كتابتهما بعقدين وجه الاستحسان: أن تصرف الإنسان يجب تصحيحه بقدر الإمكان وقد أمكن تصحيح هذه الكفالة بأن يجعل الحال كله على كل واحد منهما [في صف المولى وفي حق نفسه وعتق الآخر معلق بأدائه فيطالب المولى كل واحد منهما][٢] بجمع المال بحكم الأصالة لا بحكم الكفالة فأيهما ادعى عتق، وعتق [هـ٢٦٠] الآخر تبعاً له كما في ولد المكاتب لكن كل واحد منهما كفيل في حق صاحبه لأن [ب٤٧و] المال في الحقيقة مقابل بهما حتى انقسم عليهما فصارت كفالته بما عليه أصالة كفالته بما عليه أصالة وكفالة المكاتب بما عليه جائز[٣] وكل[٤] واحد منهما أصيلاً في الكل كفيلاً في حق صاحبه بالكل، ولا تظهر الكفالة [و١٣٥و] إلا في حق صاحبه لأنها ضرورة فتقدر[٥] بقدرها حتى تكون مطالبة المولى كل واحد منهما بحكم الأصالة[٦] لا بحكم الكفالة فإذا أدى أحدهما شيئاً وقع عن كل البدل فيقطع النصف[٧] ذلك عن صاحبه لاستوائها فيرجع عليه بخلاف ما إذا كانت كتابتهما بعقدين لأن عتق[٨] كل واحد منهما تعلق حينئذٍ بأداء المال على حدة وهو صحيح في نفسه، فلا حاجة[٩] إلى تصحيحه لما ذكرنا من الطريق فلا يوجد وجه الاستحسان فتبطل الكفالة بحكم القياس.

فصل [في كفالة العبد وعنه]

(فإن أعتق السيد أحدهما[١٠] قبل الأداء صح[١١] وله أن يأخذ حصة[١٢] من لم

---

(١) في (و): (وفيه).
(٢) ما بين القوسين، لم يرد في (ب، هـ).
(٣) في (و): (جاز).
(٤) في (أ، د، هـ): (فكان). وفي (ج): (وكان في كل).
(٥) في (هـ، و): (فيقدر).
(٦) في (و): (أي).
(٧) في (ب، ج): (نصف).
(٨) في (ب، ج): (لأن عتق).
(٩) (فلا حاجة): لم ترد في (ب، و).
(١٠) أي أحد العبدين المكاتبين فيما إذا كاتبهما وشرط كفالة كل منهما عن صاحبه.
ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ١٤٤) وما بعدها.
(١١) صح عتقه لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون المال وسيلة إلى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى الآخر لأن المال في الحقيقة مقابل برقيتيهما وإنما جعل على كل واحد منهما احتياط لا لتصحيح الضمان وإذا جاء العتق استغنى عن الاحتيال فاعتبر برقيتيهما فلهذا ينصف. ينظر: الهداية (٢/ ١٤٠).
(١٢) في (و): (حصته).

يعتقه منه أصالة ومن المعتق ضماناً ورجع المعتق على صاحبه بما أدى عنه لا صاحبه بما أدى عن نفسه) لا غير المعتق أصيل فلا يرجع على آخر إذا أدى والمعتق كفيل عنه بأمره يرجع به عليه .**(ومال لا يجب على عبد حتى يعتق حال على من كفل به مطلقة)**(١) غير متعرض للحلول والتأجيل؛ لأن المال(٢) حال(٣) على العبد لوجود السبب وقبول(٤) الذمة إلا أنه لا يطالب لعسرته إذ جميع ما معه ملك المولى ولم يرضَ بتعليقه، والكفيل غير معسر .**(ولو أدى رجع عليه بعد عتقه)** إن كانت بأمره .**(ولو مات عبد مكفول برقبته [د١٦٣ظ] وأقيم بينة أنه لمدعيه)** ادعى رجل(٥) رقبة عبد فكفل بها آخر فمات العبد فأقام المدعي بينة أنه له .**(ضمن كفيله قيمته)** إذ على المولى ورقبة على وجه يخلفها قيمته وقد التزم الكفيل ذلك(٦) بعد الموت تبقى القيمة واجبة على الأصيل فكذا على الكفيل بخلاف [ج٤٥ظ] ما إذا ادعى مالاً على العبد فكفل آخر به برقبته ضمان العبد فإن في تلك الصورة لا شيء على الكفيل لبراءة الأصيل كما إذا كان المكفول بنفسه حراً .**(وإن كفل سيد عن عبده أو هو غير مديون)** قيد به تصحيحاً للكفالة فإن كفالة عبد المديون عن مولاه لا يصح .**(عن سيده فعتق فأدى لا يرجع على صاحبه)** لأن الكفالة وقعت غير(٧) موجبة للرجوع؛ لأن أحدهما لا يستوجب ديناً على الآخر، وقال زفر: "إن كانت(٨) الكفالة بالأمر فلا يرجع كل منهما على صاحبه؛ لأن المانع وهو الرق قد زال(٩)، قلنا: وقعت غير موجبة [للرجوع فلا ينقلب [ب٤٨ظ] موجبة](١٠) له بعد ذلك.

---

(١) في (هـ): (مطلق).
(٢) (المال): لم ترد في (أ).
(٣) (حال): لم ترد في (هـ).
(٤) في (و): (منقول).
(٥) (رجل): لم ترد في (ب، ج).
(٦) (ذلك): لم ترد في (ب، ج، هـ، و).
(٧) (غير): لم ترد في (ب، ج، هـ، و).
(٨) في (أ، ب، ج): (كان).
(٩) ينظر: الهداية (٣/ ٩٨) بتصرف.
(١٠) ما بين القوسين، لم ترد في (ب).

كتاب الحوالة

(هي[١] **نقل الدين والمطالبة**[٢] **من ذمة إلى ذمة)** الأول: عند أبي يوسف، والثاني[٣]: عند محمد، فيجوز عنده[٤] إبراء المحتال المحيل[٥] من الدين لا عند أبي يوسف كذا في "التبيين"[٦]. **(تصح بالدين)** لا بالعين. **(برضى المحتال والمحتال عليه)** ولا حاجة إلى رضا المحيل، ذكر محمد في "الزيادات"، وإنما شرطه[٧] القدوري[٨] [هـ٢٦١] عليه فلا اختلاف في الرواية[٩] **(وإذا**[١٠] **تمت)** أي الحوالة [أ١٠٨ظ]. **(بالقبول برئ المحيل من الدين)** هذا عند أبي يوسف وعند محمد[١١] لا يبرأ إلا من المطالبة لما[١٢] مر آنفاً. **(ولم يرجع عليه)** أي على [و١٣٦ظ] المحيل. **(المحتال)** بدينه. **(إلا إذا توى**[١٣] **حقه بموت المحتال عليه مفلساً أو حلفه**[١٤] **منكراً أحواله لا بينة عليها)** هذا عنده. **(وقالا بهما وبان فلسه القاضي)** بناء على أن تفليس القاضي معتبر عندهما خلافاً له. **(وتصح بدراهم الوديعة ويبرأ)** المحتال. **(وبالمغصوبة ولا يبرأ)** المحتال عليه وهو المودع عن الحوالة. **(بهلاكها)** لأن مثلها[١٥] بخلفها إنما قلنا لأن مثلها دون لأن قيمتها لأن الدراهم من المثليات. **(وبالدين)** أي بدين المحيل على المحتال عليه. **(فلا يطالب**

---

(١) في (ب، ج): (هو). (٢) في (أ، ب، ج): (او المثالية).

(٣) في (و): (والشافعي). (٤) (عنده): لم ترد في (ب، ج، و).

(٥) في (ب، ج، هـ، و): (المحيل المحتال).

(٦) في (أ): (ذكره الزيلعي). ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٧٢).

(٧) في (د): (اشترطه). وفي (هـ): (اشترط).

(٨) ينظر: مختصر القدوري ص٧٢.

(٩) وذكر محمد في الزيادات أن الحوالة تصح بدون رضاه لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه لأن المحتال عليه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره، قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراط الرجوع عليه إذا كانت بأجره. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ١٤٧).

(١٠) في (و): (وإنما).

(١١) وهو قول زفر. ينظر: الهداية (٣/ ٩٣). (١٢) في (هـ): (كما).

(١٣) في (ب، ج): (نوى). توى المال هلك وذهب توى فهو توٍ وتاوٍ. ينظر: المغرب (١/ ١١٠). ولسان العرب (١٤/ ١٠٦).

(١٤) في (ب، ج، هـ، و): (أو خلفه). (١٥) في (هـ): (لا مثلها).

المحيل المحتال عليه) بذلك الدين؛ لأنه تعلق به حق الغير .**(مع أن المحتال أسوة لغرماء المحيل بعد موته)** وذلك لأن الحوالة بالدين وإن كانت موجبة لتعلق المحتال بذلك الدين لكنها أدنى مرتبة من[١] [د١٦٣و] الرهن حتى لا يكون المحتال أحق به بعد موت المحيل، وفي عبارة مع إشارة إلى ذلك التعلق[٢] لا ينافي في عدم كونه أحق به .**(وفي المطلقة له)**[٣] أي في الحوالة التي لم تقيد[٤] بالوديعة أو المغصوب[٥] أو الدين للمحيل .**(الطلب)** أي طلب الوديعة والمغصوب والدين .**(من المحتال عليه لم تبطل)** الحوالة .**(بأخذها[٦] ما[٧] عليه)** أي على المحتال .**(أو عنده)**[٨] و[٩]هو الدين المغصوب والوديعة هذا في المطلقة خاصة على ما أفصح عنه صاحب الهداية[١٠]. **(ولا يقبل قول المحيل للمحتال عليه** [ج٤٥و] **عند طلبه)** أي طلب المحتال عليه من المحيل .**(مثل ما أحال)** مثلاً أحال عليه بمئة ثم طلب منه المئة .**(أحلت بدين لي[١١] عليك)** فقول[١٢] القول وغرضه من ذلك والقول دفع رجوعه عليه وإنما لا يقبل[١٣] قوله عليه عند إنكاره؛ لأن سبب الرجوع عليه متحقق وهو قضاء دينه بأمره وقبوله الحوالة لا يكون إقراراً بالدين لأنها تصح من غير أن يكون للمحيل على المحتال عليه شيء .**(ولا قول المحتال للمحيل عند طلبه ذلك)** [أي طلب المحيل ذلك][١٤] المال من المحتال. **(أحلتني بدين لي عليك)** ويؤمر المحتال[١٥] له [ب٤٨و] برد ما أخذه إلى المحيل

---

(١) (من): مكررة في (و).
(٢) في (هـ، و): (التعليق).
(٣) أن الحوالة إما مطلقة أو مقيدة.
أما المطلقة: فهي أن يرسلها إرسالاً لا يقيدها بدين له على المحال عليه ولا بعين له في يده أو يحيله على رجل ليس له عليه دين ولا في يده عين له.
وأما المقيدة: فهي أن يكون للمحيل مال عند المحتال عليه من وديعة أو غصب أو عليه دين فقال: أحلت الطالب عليك بالألف الذي له عليَّ على أن تؤديها من المال الذي لي عليك، وقيل المحتال عليه. ينظر: الدرر الحكام (٢/ ٣٠٩).
(٤) في (ج): (تعيد).
(٥) في (هـ): (إذ المغصوبة).
(٦) في (ب، ج): (بأخذها).
(٧) (ما): لم ترد في (هـ).
(٨) في (أ): (عليه أو عنده).
(٩) (الواو): لم ترد في (هـ).
(١٠) لأنه لا تعليق لحقه به بل بذمته فلا تبطل بأخذ ما عليه أو عنده. ينظر: الهداية (٣/ ١٠٠).
(١١) في (هـ): (في).
(١٢) في (هـ): (مقبول).
(١٣) في (و): (لم يقل).
(١٤) ما بين القوسين، زيادة من (د، هـ، و).
(١٥) في (أ): (المختار).

ينكر[١] أن عليه شيئاً والقول للمنكر ولا تكون الحوالة إقراراً من المحيل بالدين للمحتال على المحيل لأنها مستعملة للوكالة أيضاً.

السفتجة

(**ويكره السفتجة**)[٢] بضم السين وفتح التاء معرب سفتة قيل معناه المحكم وفيه نظر، وقيل: بمعنى المجوف[٣] وأطلق على القرض المعروف تشبيهاً وفيه بعد. (**وهي: إقراض لسقوط أخطر الطريق**) صورته دفع قرضاً بخراسان مثالاً إلى رفيقه ألفاً مخافة الخطر في الطريق ليأخذ مثله بخوارزم[٤] [من يده أو يد نائبه وإنما كره؛ لأن فيه جر منفعة وهي سقوط خطر الطريق][٥] وقد نهى النبي ﷺ عن قرض جر منفعة[٦] [هـ٢٦٢].

---

(١) في (ب، ج): (نكر).

(٢) قال في الجوهرة (١/ ٣٨٢)، وصورته أن يقول التاجر: أقرضتك هذه الدراهم بشرط أن تكتب أي كتاب إلى وكيلك لبلد كذا فيجيبه إلى ذلك، وأما إذا أعطاه من غير شرط وسأله ذلك ففعل فلا بأس به، وإنما يكره إذا كان أمن خطر الطريق مشروطاً؛ لأنه نوع نفع استفيد بالقرض. وفي الفتاوى الصغرى وغيرها: إن كان السفتج مشروطاً في القرض فهو حرام، والقرض بهذا الشرط فاسد وإن لم يكن مشروطاً جاز كما في الواقعات، بل أقرض رجلاً مالاً على أن يكتب له به إلى بلد كذا فإنه لا يجوز، وإن أقرضه بلا شرط وكتب جاز. ومن هذا نفهم أن شرط الكراهة أو عدم الجواز شيئان:
الأول: أن يدفع المال من بلده قرضاً لمن يكتب له؛ فلو دفعه إليه أمانة لم يكره ولم يفسد.
والثاني: أن يشترط عليه في عقد القرض أن يكتب له به إلى البلدة الأخرى، فلو لم يشترط ذلك لم يكره. ينظر: شرح الكنز (٢/ ٦٤). والبناية (٦/ ٨١٧). واللباب (٢/ ١٦٢).

(٣) أي في الأشياء المجوفة كما يجعل العصا مجوفاً ويخبأ فيه المال وإنما شبه به؛ لأن كلاً منهما احتيال لسقوط خطر الطريق أو لأن أصلها أن الانسان إذا أراد السفر وله نقد أو أراد إرساله إلى صديقه فوضعه في سفتجة ثم مع ذلك خاف الطريق فأقرض ما في السفتجة إنساناً آخر. ينظر: النقاية ص٥٩٢ وما بعده.

(٤) في (و): (بخراسان).

(٥) ما بين القوسين، لم ترد في (و).

(٦) الحديث: فقد روى الحارث بن أبي أسامة في مسنده عن سوار بن مصعب الهمذاني عن علي رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «كل قرض جر منفعة فهو ربا». في مسند الحارث زوائد الهيتمي (١/ ٥٠٠) رقم (٤٣٧). وفي سنده سوار بن مصعب وهو متروك ورواه البيهقي في المعرفة عن فضالة بن عبيد موقوفاً. ورواه في السنن الكبرى عن ابن مسعود وأبي بن كعب وعبد الله بن سلام وابن عباس رضي الله عنهم موقوفاً عليهم. وقال بعضهم: لا يصح في هذا الباب شيء. ينظر: نصب الراية (٤/ ٦٠) الحديث الثاني. وحاشية ابن القيم (٩/ ٢٩٦). والخلاصة (٢/ ٧٨) رقم (١٥٥٨). والدراية (٢/ ١٦٤) رقم (٨١٣). والتلخيص (٣/ ٣٣٤) رقم (١٢٢٧).

كتاب القضاء

(الأهل للشهادة أهل له) فإن[١] كلاً منهما من باب الولاية والشهادة أقوى لأنها ملزمة على القاضي والقضاء ملزم على الخصم فلهذا قبل حكم القضاء يستفي من حكم الشهادة .**(وشرط أهليتها)** أي أهلية أدائها .**(شرط أهليته فالفاسق أهل له** [و١٣٦و] **يصح** [ز١٩١و] **تقليده**[٢] **ويأثم المقلد**[٣] **كما يصح قبول شهادته ويأثم القائل ولو فسق العدل استحق العزل في ظاهر المذهب)** أي[٤] يجب على من قلده أن يعزله .**(وعليه مشايخنا)**[٥] وعند بعضهم ينعزل وعليه الفتوى[٦] **(والاجتهاد شرط للأولوية)** لا للصحة[٧] **(ولو قلد جاهل صح)** [د١٦٤ظ] ترك التفريع[٨]؛ لأن الجاهل ها هنا مقابل العالم ولا مقابل المجتهد يرشدك إليه خلافاً للشافعي. **(ويخار الأقدر والأولى)** وعند الشافعي[٩]: لا يصح تقليد الفاسق والجاهل وما قاله كان أحوط في زمانه، وفي زماننا الاحتياط فيما قلنا لأن في اشتراط العلم

---

(١) في (د): (وإن).

(٢) أي: يجب أن لا يقلد؛ لأنه لا يؤتمن عليه لقلة مبالاته بواسطة فسقه حتى لو قلد كان المقلد اثماً. ينظر: الدرر الحكام (٢/ ٤٠٢). والبحر الرائق (٦/ ٢٨٣). ومجمع الأنهر (٢/ ١٥٧).

(٣) في (ب، ج): (بالمقلد).

(٤) (أي): لم ترد في (أ، هـ، و، د).

(٥) أي لو فسق العدل بأخذ الرشوة وغيرها من الزنا وشرب الخمر يستحق العزل، أي يجب على السلطان عزله وعليه مشايخنا أي بخارى وسمرقند. ينظر: الهداية (٣/ ١٠١). ومجمع الأنهر (٢/ ٥٢). والبناية (٧/ ٧).

(٦) بعض العلماء منهم الخصاف والطحاوي الحقوا بهؤلاء الفاسق والمرتشي وعندهما إذا قلد الفاسق لا يكون قاضياً وإذا فسق ينعزل وكذا المرتشي واختلفت الروايات عن أصحابنا المتقدمين وكثر فيه أقاويل المتأخرين والصحيح ما قاله عامة المشايخ أنه إذا قلد وهو عدل ثم فسق يستحق العزل حتى لو جاز قضاؤه سواء كان القاضي مرتزقاً من بيت المال أو لم يكن. ينظر: الفتاوى الخانية أو أي مصدر هامش[د١٦٣و].

(٧) في (ب، ج): (لا لصحة).

(٨) في (ب): (التفريق).

(٩) ينظر: المهذب (٢/ ٢٩٠).

والعدالة سد باب القضاء .(**ولا يطلب القضاء**[١] **ولا بأس في الدخول فيه)**[٢] لم يقل وصح الدخول فيه؛ لأن الصحة لا تدل[٣] على عدم الكراهة .(**لمن يثق عدله وكره لمن خاف** [أ١٠٨و] **عجزه أو حيفه)** يكفي أحدهما في الكراهة نص عليه القدوري[٤] (**ومن قلد سأل ديوان قاضٍ قبله)** وهي[٥] الخرائط[٦] التي فيها الصكوك[٧] والسجلات[٨] (**والزم محبوساً أقر بحق)** لأن الإقرار ملزم .(**لا من أنكر إلا ببينة وإن أخبر به المعزول)** لأنه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد لا تكفي. (**وإلا)** أي وإن لم يقم[٩] البينة [ج٤٦ظ] على المحبوس المنكر .(**ينادى عليه)** أياما إن كل من له حق على فلان ابن فلان المحبوس فليحضر[١٠] مجلس القضاء فإن حضر خصم[١١] جمع بينة وبينه وإن لم يحضر [ب٤٩ظ] يأتي عليه أياماً على حسب ما يرى .(**ثم يخليه)** بعد أخذ الكفيل لاحتمال أن يكون محبوساً لحق الغائب .(**وعمل في الودائع وغلة الوقوف**[١٢] **بالبينة أو بإقرار ذي اليد لا بقول المعزول)** لما مر.

(**إلا إذا أقر ذو اليد أنه يسلم منه)** أي من القاضي المعزول .(**وصدق بلا يمين قاضٍ عزل وقال لزيد أخذت منك ألفاً فقضيت به لعمرو ودفعت إليه، أو قال قضيت بقطع يدك في حق وادعى زيداً أخذه وقطعه ظلماً وأقر بكونهما في قضائه)**

---

(١) كره بعض المشايخ أن يدخل القضاء مختاراً، وإن تعين هو للقضاء بأن لم يكن أحد غيره يصلح للقضاء وجب عليه الطلب صيانة لحقوق المسلمين ووفقاً لظلم الظالمين. ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٧٦) وما بعدها. والاختيار (٢/ ٣٤٦). وفي البحر، الطلب أن يقول للإمام دلني والسؤال أن يقول للناس لو ولاني الإمام قضاء بلدة كذا لأجبته إلى ذلك، وهو يطمع أن يبلغ ذلك الإمام. ينظر: البحر الرائق (٦/ ٢٩٧).

(٢) (فيه): لم ترد في (د).

(٣) في (ز): (لا تدخل).

(٤) ينظر: مختصر القدوري ص١٣٩.

(٥) في (و): (وهو).

(٦) الخرائط: وهي شبه كيس من أديم أو خرق تشرج على ما فيها ومنه خرائط كتب السلطان ومما له.

(٧) الصك: الكتاب الذي يكتب المعاملات والأقارير، وجمعه صكوك وأصك. ينظر: المصباح (١/ ٣٤٥). ولسان العرب (١٠/ ٤٥٧).

(٨) هو كتاب الحكم وقد سجل عليه القاضي. ينظر: المغرب (١/ ٣٨٥). والمصباح المنير (١/ ٢٦٧).

(٩) في (هـ): (تقم).

(١٠) في (و): (يحضر).

(١١) (خصم): لم ترد في (هـ).

(١٢) في (هـ، ز): (الوقف).

[لأنه لما أقر بكونهما في زمان قضائه] والظاهر أن القاضي لا يظلم فالقول للقاضي، وكذا إذا لم يقر بكونهما في زمان قضائه بل قال إنما فعلت هذا قبل التقليد أو بعد العزل وهو الصحيح، وهو اختيار فخر الإسلام والصدر[١] الشهيد؛ [ز١٩٢ظ] لأنه أسند فعله إلى حالة له معهودة منافية للضمان، وقال الإمام السرخسي والقول[٢] قول المدعي؛ لأن الفعل حادث فيضاف إلى أقرب أوقاته وللاحتراز عن محل الخلاف قال وأقر بكونهما في قضائه .**(ويجلس للحكم)** جلوساً .**(ظاهراً)** حتى يعلموا أنه جلس لقطع الخصومات[٣] لا [هـ٢٦٣] لمصلحة من الإعتاق[٤] وغيره .**(في مسجد)** وعند الشافعي[٥] يكره جلوسه في المسجد. **(الجامع أولى)** إذا كان الجامع في وسط البلد وإن كان في الطريق يختار مسجداً آخر في وسطه تسيراً[٦] للناس .**(ولو جلس في داره وأذن للناس بالدخول** [د١٦٤و] **جاز، ولا يقبل هدية)** التنكير للتقليل .**(إلا من ذي رحم محرم أو ممن اعتاد مهاداته قدراً عُهد إذا لم يكن لها خصومة ولا يحضره دعوة إلا عامة)**[٧] لأن الخاصة وهي ما لو علم المضيف أن القاضي لا يتخذ لأجل القضاء، ويدخل في هذا الإطلاق قريبه وهو قول الشيخين خلافاً لمحمد فيما ذكره الطحاوي[٨] وقول الكل فيما ذكره الخصاف .**(ويشهد الجنازة ويعود المريض ويسوي**[٩] **بين الخصمين**[١٠] **جلوساً واقبالاً ولا يسار أحدهما ولا يضيفه ولا يشير**[١١] **إليه ولا يلقنه حجة ولا يضحك في وجهه ولا يمزح)** أطلق المزاح ولم يقيده بقوله معه؛ لأنه منهي في مجلس الحكم مطلقاً لذهابه بمهابة القضاء .**(وكره تلقين الشاهد**

---

(١) في (أ، ب، ج): (وصدر).

(٢) (القول): لم ترد في (ب، ج).

(٣) في (ب، ج): (الخصومة). (٤) في (ج): (الاعتكاف).

(٥) ينظر: التنبيه (١/ ٢٥٣). وحواشي الشيرواني (١٠/ ١٣٥).

(٦) في (ب، د): (تيسير).

(٧) (دعوة إلا عامة) وقيل إن جاوز العشرة فعامة وإلا فخاصة، وقيل عدة العرس والختان عامة، وما سواهما خاصة. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ١٥٨). والبحر الرائق (٦/ ٣٠٦).

(٨) ولا يجب الدعوة الخاصة وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وبه نأخذ، وقال محمد : لا بأس مختصر الطحاوي ص٣٢٦.

(٩) في (أ، د، هـ): (ويستوي).

(١٠) في (و): (ضمين).

(١١) في (هـ): (ولا يشار).

بقوله أشهد بكذا وكذا واستحسنه أبو يوسف فيما لا تهمة فيه)[١] وذلك فيما لا[٢] يستفيد بتلقينه زيادة علم.

[فصل في الحبس]

(**ويحبس الخصم مدة رآها مصلحة في الصحيح**) اختلفت الروايات في تقديرها[٣]، والصحيح [ب٤٩و] ماظ, ذكره لاختلاف أحوال الأشخاص في ذلك. (**بطلب ولي الحق ذلك إن امتنع المقر عن الإيفاء بعد أمر القاضي به**) إذا لم يعرف كونه مماطلاً[٤] في أول الوهلة فلعله [ج٤٦و] طمع[٥] في الإمهال فلم يستصحب المال .(**أو ثبت الحق بالبينة**) فإنه يحبسه كما ثبت لظهور المطل بإنكاره .(**فيما لزمه بعقد كمهر**) أي المعجل .(**وكفالة وبدلٍ**[٦] **عن مال حصل له كثمن مبيع وفي نفقة عرسه وولده لا في دينه**) أي لا يحبس في دين الولد .(**وفي غيرها لا**) نحو الديات وأرش الجنايات .(**إن ادعى فقره إلا إذا قامت بينة بضده**).

(**[كتاب القاضي إلى القاضي]**[٧] **كتاب القاضي إلى القاضي إن شهدوا على خصم حاضر حكم بها وكتب به وهو السجل**[٨] **وإن شهدوا على غائب لم يحكم [وكتب بالشهادة ليحكم]**[٩] **المكتوب** [أ١٠٩ظ] **إليه وهو الكتاب الحكمي وكتاب**

---

(١) لأن الشاهد قد يحضر لمهابة المجلس، فكان تلقينه إحياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل. وفي الفتح، وظاهر الجواب ترجيح ما روي عن أبي يوسف، وفي القينة على قول أبي يوسف فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته، واما إفتاء القاضي فالصحيح أنه لا بأس به في مجلس القضاء، وغيره لكن لا يفتي أحد الخصمين. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ١٥٩).

(٢) (لا): لم ترد في (هـ).

(٣) اختلفوا في مدة الحبس، قيل شهرين أو ثلاثة، وبعضهم قدره بشهر، وبعضهم بأربعة، وبعضهم بستة، والصحيح ما ذكرت لك أولاً؛ لأن الناس يختلفون في احتمال الحبس، ويتفاوتون تفاوتاً كثيراً فيفوض إلى رأي القاضي. ينظر: الاختيار (٢/ ٣٥٤).

(٤) في (أ): (باطلاً).

(٥) في (هـ): (فلعله بجمع).

(٦) في (هـ): (وبدل).

(٧) ما بين القوسين، لم يرد في (ب، ج).

(٨) أي كتاب الحكم ويسمى سجلاً وإنما يكتب حتى لا تنسى الواقعة على طول الزمان وليكون الكتاب مذكراً لها، وإلا فلا يحتاج إلى كتابة الحكم؛ لأنه قد تم بحضور الخصم نفسه أو من يقوم مقامه إلا إذا قدر أنه غاب بعد الحكم عليه وجحده فيحنئذٍ يكتب له ليسلم إليه حقه أو لينفذ حكمه. ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٨٤).

(٩) ما بين القوسين، لم يرد في (و).

القاضي إلى القاضي[١] **وهو نقل الشهادة حقيقة**[٢] **ويقبل فيما لا يسقط بشبهة)** دل بمفهومه على أنه لا يقبل في صدره قولا ولا حاجة إلى أن يقال شهد به عنده لما سيأتي ما يغني[٣] عنه .**(كالدين والعقار والنكاح**[٤] **والنسب والمغصوب والأمانة والمضاربة المجحودتين)** اعتبر في الأخيرين قيد الجحود لأنهما إذا لم يجحد لا يحتاج إلى كتاب القاضي، وإذا جحدا صارا مغصوبين وفي المغصوب يجب القيمة وهو دين فيجري فيه الكتاب الحكمي، وإنما يقبل فيما [د١٦٥ظ] ذكر إذ لا احتياج إلى إشارة بل يعرف بالصفة .**(لا في عين المنقول)** للحاجة إلى الإشارة هذا في ظاهر الرواية [هـ٢٦٤] وعن أبي يوسف أنه يقبل في العبد دون الأمة لغلبة الإباق فيه دونها وعنه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه[٥] **(وعن محمد قبوله فيما ينقل)** مطلقاً .**(وعليه المتأخرون**[٦] **ويجب أن يقرأ على من يشهدهم أو يعلمهم به ويختم عندهم ويسلم إليهم ويدفع إليهم كتاب آخر غير مختوم وأبو يوسف لم يشترط شيئاً من ذلك)** واكتفى بشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه، وفي [و١٣٧و] رواية عنه أن الختم أيضاً ليس بشرط، وبه أخذ الإمام السرخسي[٧] بتسيراً أن الكتاب يدفع إلى شهود عندهما وكذا أبي يوسف على هذه الرواية فلذلك قال أن الختم أيضاً ليس بشرط .**(وإذا سلم إلى المكتوب إليه لم يقبله إلا بحضرة خصمه وبشهادة**[٨] **رجلين أو رجل وامرأتين)**[٩] لم[١٠] يشترط القدوري[١١] ظهور العدالة للفتح وبه أخذ المصنف وفي "الهداية"[١٢] والصحيح أنه [ب٥٠ظ]

---

(١) القياس يأبى جواز العمل بكتاب القاضي إلى القاضي؛ لأن القاضي الكاتب لو حضر بنفسه مجلس المكتوب إليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير إذا الخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم إلا إنه جوز استحساناً لحاجة الناس إليه لما روى أن علياً ﷺ جوزه لذلك وعليه أجمع الفقهاء.

(٢) ينظر: المبسوط (١٦/ ٩٥).

(٣) في (ج): (ما نفي).

(٤) (النكاح): لم ترد في (أ).

(٥) في (هـ): (موضعها).

(٦) وفي البزازية: والمتقدمون لم يأخذوا بقول الإمام الثاني، وعمل الفقهاء اليوم على التجويز في الكل للحاجة وبه يفتى كما قال الإمام الإسبيجابي وهو مذهب الأئمة الثلاثة. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ١٦٥).

(٧) ينظر: المبسوط (١٦/ ٩٥).

(٨) في (هـ): (وشهادة).

(٩) في (ب): (وأمرتين).

(١٠) في (و): (ولم).

(١١) ينظر: مختصر القدوري ص١٣٩.

(١٢) ينظر: الهداية (٣/ ١٠٦).

يفض[١] الكتاب بعد ثبوت العدالة ذكره الخصاف[٢]؛ لأنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود وإنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم [وللقدوري أن يقول نعم لا يمكنهم أداء الشهادة إلا بعد قيام الختم][٣] لكن فتح الكتاب لا ينافي قيامه إنما ينافي قيامه عليه والفرق واضح .**(فإذا شهدوا أنه كتاب قاضي[٤] فلان قرأ علينا من محكمته وختمه وسلمه إلينا فتح القاضي وقرأ على الخصم وألزمه ما فيه إن أبقى الكاتب قاضياً فيبطل[٥] بموته وعزله وخروجه [ج٤٧ظ] عن الأهلية قبل وصوله وكذا المكتوب إليه إلا إذا كتب بعد اسمه وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين)**[٦] وأسقط أبو يوسف شرط أن يكتب قاض معين حين ابتلى بالقضاء واستحسنه كثير من المشايخ تسهيلاً للأمر[٧] **(وإن مات الخصم ينفذ القاضي إلى[٨] وارثه)**[٩].

فصل

(وصح قضاء المرأة إلا في حد وقود) اعتباراً بشهادتهما .**(ولا يستحلف قاضٍ[١٠] ولا يوكل وكيل[١١] إلا من[١٢] فوض إليه ذلك[١٣][١٤]**، ففي المفوض

---

(١) في (ب): (يفتح).
(٢) الخصاف: أحمد بن عمر وقيل عمرو بن عمير.
(٣) ما بين القوسين، لم ترد في (هـ، و).
(٤) في (ب، ج): (قاض).
(٥) في (ب، ج): (ويبطل).
(٦) عن أبي يوسف رحمه الله لا يشترط على الشهود إلا نقل الكتاب والشهادة أنه كتاب فلان ولا على القاضي سوى كتابة الحاجة التي لابد من معرفتها. ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٨٥).
(٧) واختار شمس الأئمة السرخسي قول أبي يوسف رحمه الله. ينظر: الهداية (٣/ ١٠٦). وتبيين الحقائق (٤/ ١٨٥).
(٨) جاز نقل شهادة شاهد واحد. يعني إذا كان لرجل على رجل آخر في بلدة أخرى دعوى وله شاهد واحد في بلدته وآخر في بلدة المدعى عليه وأراد أن ينقل شهادة من في بلدته ويدعى على ذلك بشخص يتمسك بكتاب الشهادة ويشاهد هناك جاز وجاز كتب توكيل غائب يعني إذا كان لرجل على آخر في بلدة أخرى دعوى وأراد أن يوكل رجلاً في تلك البلدة ليخاصم من جانبه مع ذلك الرجل جاز أيضاً. ينظر: الدرر الحكام (٢/ ٤١٥).
(٩) في (هـ): (القاضي).
(١٠) في (هـ): (القاضي).
(١١) في (أ، هـ): (وكيلاً).
(١٢) في (هـ): (إلا ان).
(١٣) (ذلك): لم ترد في (هـ).
(١٤) الاستخلاف: بأن قيل من قبل المقلد ولِّ من شئت وفيه إشعار بأنه يستخلف بالإذن دلالة، فلو جعل قاضي القضاة كان له الاستخلاف لأن معناه المتصرف في القضاء تقليداً وعزلاً. وفي الخلاصة الخليفة إذا أذن للقاضي في الاستخلاف فاستخلف رجلاً وأذن له في الاستخلاف جاز =

نائبه لا ينعزل بعزله وموته وكلاً بل هو نائب الأصيل) خص صورة التوكيل بالذكر؛ لأن الوكيل ينعزل بموت الموكل بخلاف نائب القاضي فكانت موضع اشتباه فبينها بأن المفوض ليس بموكل حقيقة بل الموكل من فوض إليه التوكيل .**(وفي غيره)** أي في غير المفوض .**(إن فعل نائبه عنده أو أجاز [د١٦٥و] هو)** إنما يصح فيها؛ لأنه إذا فعل بحضوره ينتقل الفعل إليه، وكذا إذا فعل بغيبة ووصل الخبر إليه فأجاز. **(أو كان)** الوكيل الأول .**(قدر الثمن في الوكالة صح)** إذ[1] بتقدير الثمن حصل رأيه .**(وباعمل برأيك يوكل)** يعني إذا أذن الموكل للوكيل بمثل ما ذكر من العبارة[2] كان أن يوكل .**(غيره ويمضي حكم قاض)** لم يقل حاكم للاحتراز[3] عن[4] الحكم فيه غير أن هذا ولم يقيده بقوله آخر ليعم حكم نفسه قبل ذلك .**(آخر في مختلف فيه)** ترك التقييد بقوله في الصدر الأول[5]؛ لأنه مع كونه خلاف الأصح لا بجامع مع قوله والإجماع على[6] [هـ٢٦٥] أصل الشيخين .**(غير مخالف للكتاب)** الذي لم يختلف في تأويله[7] السلف مثل القضاء بحل متروك التسمية عمداً فإنه مخالف لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾[8][9] **(والسنة المشهورة)** مثل القضاء بحل المطلقة[10] ثلاثاً بنكاح الزوج الثاني بلا وطء فإنه مخالف لحديث العسيلة وهو مشهور[11]. **(والإجماع)** مثل

= له الاستخلاف وثم فلو استخلف المأمور بالاستخلاف رجلاً فقضى للقاضي الذي استنابه أو وليه مستنيبه جاز قضاؤه ويقضي النائب بما شهدوا عند الأصل، وفي البزازية لا يقضي القاضي بالمرحلة التغليظة بكلام النائب، أما النائب يقضي بكلام القاضي إذا أخبره. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ١٦١).

(١) (إذ): لم ترد في (هـ).

(٢) في (ب، ج، هـ): (العبادة).

(٣) في (ب، ج): (للاحتراز).

(٤) في (هـ): (فإن).

(٥) الصدر الأول: قيل هو زمان الصحابة والتابعين، وقيل المراد ما يعم من الصحابة والفقهاء والمجتهدين رضوان الله عليهم. ينظر: ابن عابدين (٥/ ٤٠٠). ومجمع الأنهر (٢/ ١٦٩).

(٦) (على): مكرر في (هـ).

(٧) في (و): (تأويل).

(٨) (عليه): لم ترد في (ب، ج).

(٩) سورة الأنعام، آية: ١٢١.

(١٠) في (ب، ج): (المطلق).

(١١) عن عائشة رضي الله عنها قالت: (جاءت امرأة رفاعة إلى النبي ﷺ فقالت: كنت عند رفاعة فطلقني فأبت طلاقي، فتزوجت عبد الرحمٰن بن الزبير وإن ما معه مثل هدبة الثوب فتبسم رسول الله ﷺ فقال: (أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك). ينظر: صحيح مسلم (٢/ ١٥٥). رقم (١٤٣٣). والبخاري (٢/ ٩٣٢) رقم (٢٤٩٦). وسنن البيهقي الكبرى (٧/ ٣٣٣) رقم (١٤٧٢٩) وغيرها.

القضاء بحل متعة النساء [أ١٠٩و] فإن الصحابة رضوان الله عليهم قد اجمعوا على فساده .(**إلا إذا كان الاختلاف في نفس القضاء**) إذا كان نفس القضاء مختلفاً[(١)] [ب٥٠و] فيه[(٢)] روايتان في رواية [و١٣٨ظ]: لا ينفذ[(٣)] ذكره الخصاف وهو الصحيح[(٤)]؛ لأن محل الخلاف الثاني لا يوجد قبل قضاء، فإذا قضى فحينئذٍ وجد[(٥)] محل الاختلاف والاجتهاد فلا بد من قضاء آخر يرجع أحدهما. ومثال ذلك[(٦)]: [قضاء من ولي بالرشوة والقضاء بجواز[(٧)] بيع أم الولد وأما][(٨)] القضاء على الغائب [فلا يصح[(٩)] مثالاً له؛ لأن المجتهد فيه سبب القضاء، وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر للقضاء أم لا؟ ذكره صاحب "الخلاصة"[(١٠)] في كتاب "المفقود"[(١١)]][(١٢)][(١٣)]. وها هنا شرط آخر وهو: أن يكون القاضي عالماً بأن ما حكم فيه مجتهد فيه ولا يكفي فيه علمه بأن المسألة مجتهد[(١٤)] فيها[(١٥)]كما إذا قضى ببيع أم الولد غير عالم بأنها[(١٦)] أم الولد

---

(١) في (هـ): (مختلف).

(٢) (فيه): مكرر في (ب).

(٣) في (أ): (لم ينفذ).

(٤) ينظر: أدب القاضي (٣/ ١٠٩).

(٥) في (ب، ج): (يوجد).

(٦) في (أ): (وذلك مثل).

(٧) في (ب، ج): (الجواز).

(٨) ما بين القوسين، لم يرد في (أ).

(٩) في (هـ): (فلا يجوز يصح).

(١٠) خلاصة الفتاوى: للشيخ الإمام طاهر بن أحمد بن عبد الرشيد البخاري (ت٥٤٢هـ) وهو كتاب معتمد في مجلد واحد، ذكر فيه إنه كتب في هذا الفن خزانة الواقعات، وكتاب النصاب، ثم لخصه في نسخة قصيرة يمكن ضبطها فكتب الخلاصة جامعة للرواية خالية عن الزوائد مع بيان مواضع المسائل، وكتب فهرست الفصول والأجناس على رأس كل كتاب، وقد أخرج الزيلعي أحاديثه. ينظر: طبقات الحنفية (١/ ٢٦٥) رقم (٦٩٣). وكشف الظنون (١/ ٧١٨)، وتوجد نسخة منه في المكتبة القادرية ببغداد تحت رقم (٢٤٦- فقه حنفي).

(١١) (المفقود): مكرر في (ب، ج).

(١٢) ما بين القوسين، لم يرد في (أ).

(١٣) ذكر الإمام السرخسي: أن زوجة المفقود ووالده إذا طلب من القاضي أن ينصب وكيلاً يتقاضى ديونه ويجمع غلاته، ولو أجر رقيق، قبل القاضي وهذا بناء على أن القاضي هل يقضي على الغائب وهل ينصب وكيلاً على الغائب وعن الغائب فعندنا لا يوصي معروفه، أما لو فعل وقضى على الغائب نفذ بالاجماع وهكذا ذكر في الزيادات في آخر باب الدعوى أنه ينعقد فإن قبل المجتهد نفس القضاء فينبغي أن يتوقف على اقضاءه قاضٍ آخر، قلنا: لا بل المجتهد سبب القضاء وإن البينة أصل يكون حجة من غير خصم حاضر للقضاء أم لا فإذا كان القاضي حجة وقضى بها نذر قضى بشهادة المحدود في القذف، والفتوى على هذا خلاصة.

(١٤) في (ب، ج): (المجتهد).

(١٥) في (هـ): (فيه).

(١٦) في (و): (فإنها).

فإنه لا يجوز ولو كان عالماً بأن مسألة أم الولد اجتهادية ذكره في "منية المفتي"[١] **(وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر خلاف البعض)** قال في "الهداية"[٢]: "وذلك خلاف وليس باختلاف". وذكره قيداً لقوله لا يعتبر لا تعليلاً له وذلك لم يقل؛ لأن ذلك خلاف يعني أن لعدم اعتبار مخالفة البعض ليس مطلقاً بل مقيد بأن يكون خلافاً لا اختلافاً، وذلك أن واحداً منهم إذا خالفهم أن سوغوا[٣] له ذلك يكون اختلافاً[٤] [كمخالفته ابن عباس في اشتراط حجب الأم من الثلث إلى السدس بالجمع من الاخوة وأن يسوغوا له ذلك يكون خلافاً][٥] [د١٦٦ظ] كمخالفته رضي الله عنه في حرمته ربا الفضل هكذا ينبغي أن يلاحظ هذا المقام ولا يلتفت إلى ما سبق إلى بعض الأوهام[٦]، ثم قال في الهداية[٧]: "والمعتبر اختلاف في الصدر الأول" إنما لم يقل اختلاف في الصحابة ﷺ[٨]، لأن أهل الصدر الأول[٩] لا يلزم أن يكون صحابياً كما توهم، ذكر في التقويم: أن المعتبر في الاختلاف هو اختلاف الصحابة ﷺ ومن كان بينهم لا اختلاف الشافعي ولا اختلاف مالك لأنهما لم يكونا موجودين في زمن الصحابة ﷺ فلم يكن خلافهما معتبراً أو فيه نظر .**(والقضاء في العقود والفسوخ)** أراد بالفسخ إبطال العقد بأي وجه كان فيعم الإطلاق وإنما لم يقل بحرمة أو حل؛ لأن الأول ينتظم القضاء بالحرمة بسبب الرضاع ونحوه، والثاني القضاء بالملك والإحراز في المباحث وليس للقاضي ولاية الإنشاء فيهما بخلاف القضاء في العقود والفسوخ فالصواب تعنون المسألة [هـ٢٦٦] .**(ولو بشهادة زور ينفذ ظاهراً أو باطناً)** الأصل [ب١٥ظ] أن قضاء القاضي بشاهد الزور فيهما له ولاية إنشائية في الجملة يفيد الحل عنده، خلافاً لهما وهو قول الشافعي[١٠]: وقضاؤه فيها ليس له ولاية إنشائه أصلاً لا يفيد الحل بالإجماع ووجه الطرق عنده أن وجه قضاء القاضي بما يحتمل الإنشاء[١١] له

---

(١) هي للإمام عمر بن عبد العزيز المعروف بحسام الدين الشهيد المقتول سنة (٥٣٦هـ)، وهي التي بوبها نجم الدين يوسف بن أحمد الخاصي، ثم انتخبها الشيخ الإمام يوسف السجستاني وألحق بها وسماها "منية المفتي" ذكر فيها إنها اشتملت على نوادر كثيرة ومعاني غزيرة أطنب فيها بالأحاديث وبيان الأحكام، وزوائد الروايات. ينظر: كشف الظنون (٢/ ١٣٢٤).

(٢) ينظر: الهداية (٣/ ١٠٧).

(٣) في (و): (ليستسيغوا).

(٤) في (و): (خلافاً).

(٥) ما بين القوسين، لم يرد في (و).

(٦) في (هـ): (الافهام).

(٧) ينظر: الهداية (٣/ ١٠٧).

(٨) في (ب، ج): (اختلافاً للصحابة).

(٩) (الأول): لم ترد في (ب، ج).

(١٠) ينظر: فتح الوهاب (٢٢/ ٣٧٠).

(١١) (الإنشاء): مكرر في (هـ، و).

فينفذ ظاهراً وباطنا، كما لو أشاء صريحاً؛ لأن القاضي مأمور بالقضاء بالحق ولا يقع قضاؤه بحق فيما يحتمل الإنشاء إلا بالحمل على الإنشاء؛ لأن البينة قد تكون صادقة وقد تكون كاذبة فيجعل إنشاء العقود والفسوخ مما[١] لا[٢] يحتمل الإنشاء من القاضي فإن للقاضي[٣] إنشائها في الجملة بخلاف الملك المرسل؛ لأن نفس الملك مما يحتمل الإنشاء ولهذا [و١٣٨و] لو أنشأه القاضي أو غيره صريحاً لا يصح بخلاف ما إذا كانت المرأة محرمة بالعقد أو الردة أو الرضاع أو المصاهرة كذا في البدائع[٤] فلا إشكال على مذهبه إلا إنه لا بد في المسألة المذكورة في زيادة قيد وهو أن لا يكون في المحل مانع عن إنشاء العقد[٥] **(فلو أقام بينة زور أنه تزوجها وحكم به حل له [ج٤٨ظ] وطئها ولها التمكين[٦])**[٧]وشرط على ما نبهت عليه آنفاً أن[٨] يكون قابلاً فإذا كانت تحت زوج أو كانت معتدة لا يقبل[٩] الإنشاء ولا يشترط الشهود في النكاح الذي ينشأه[١٠] القاضي؛ لأنه مقتضى[١١] في ضمن صحة القاضي وما ثبت اقضاء لا يراعى فيه .**(شرائط والقضاء في مجتهد فيه بخلاف مذهبه)**[١٢] لم يقل بخلاف رأيه لإيهامه[١٣] أن يكون الكلام في المجتهد خاصة وليس كذلك **(ناسياً)** [أ١١٠ظ]، قال أبو الليث [د١٦٦و] في

---

(١) في (و): (فيما).
(٢) (لا): لم ترد في (د).
(٣) في (أ، ب، ج): (القضاء). وفي (د): (للقضاة). (فإن للقاضي): لم ترد في (هـ).
(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٤٥٨) وما بعدها.
(٥) في (و): (في العقد).
(٦) في (هـ): (التمليك).
(٧) هذا عند الإمام رضي الله عنه. وعندهما ينفذ؛ لأن شهادة الزور حجة في الظاهر، فيكون القضاء بقدر الحجة ولا يكون حجة في الباطن فلا يحل لها ذلك عندهما وقال أبو الليث: الفتوى على قولهما واثم الشاهدان اثماً عظيماً ولابد في المسألة من زيادة قيد وهو أن لا يكون في المحل مانع لانشاء العقد لأن قضاءه فيما ليس له ولاية انشائه أصلاً لايفيد الحل بالاجماع وفي القهستاني إذا قضى القاضي بشهود زور إنه طلقها ثلاثاً ثم تزوجت بزوج بعد العدة؛ فإنه يحل له الوطء ظاهراً وباطناً عند الإمام، وإن علم الزوج لم يطلقها لا يحل الأول ظاهراً وباطناً، وأما عندهما فيحل له ولا يحل للثاني إذا علم، وعن أبي يوسف أنه يحل للأول سراً، وعن محمد يحل ما لم يدخل به الثاني. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ١٧٠).
(٨) (ان): لم ترد في (هـ).
(٩) في (هـ): (يقبل).
(١٠) في (هـ): (بشهبة).
(١١) في (و): (يقتضي).
(١٢) المراد بخلاف مذهبه، خلاف أصل المذهب كالحنفي، إذا حكم على مذهب الشافعي، أو نحوه أو بالعكس، أما إذا حكم الحنفي بما ذهب إليه أبو يوسف أو محمد أو نحوهما من أصحاب الإمام فليس حكماً بخلاف مذهبه. ينظر: الدرر الحكام (٢/ ٤٠٩) وما بعدها .
(١٣) في (و): (لإيهام).

"العيون"[١]: "لو أن قاضياً خوصم[٢] إليه فيأمر من الأمور ما فيه اختلاف وهو يذهب في ذلك المذهب[٣] ونسي مذهبه وقضى بخلافه فإن أبا حنيفة قال: يمضي هذا الحكم ولا يرجع عنه[٤]، وقال أبو يوسف: يرد ذلك ويقضي[٥] بما كان رأيه في ذلك"[٦]. وذكر الإمام القاضي علي السغدي[٧] وشمس الأئمة السرخسي في "أدب القاضي" قول محمد مع أبي يوسف[٨]. **(أو عامداً لا ينفذ عندهما)** في العمد روايتان عنه[٩]، وقالا: لا ينفذ في الوجهين .**(وبه يفتى)** ذكره في "الهداية" وقيل: الفتوى على النفاذ[١٠] ذكره في "الكافي"[١١]، وجه النفاذ: أنه ليس بخطأ فيتعين، وعندهما: لا ينفذ في الوجهين لأنه قضى بما هو خطأ عنه وعليه الفتوى. **(ولا يقضي على غائب إلا بحضرة نائبه حقيقة)** سواء كان نائباً بإنابته كالوكيل تركه المصنف لظهوره أو بإنابة الشرع .**(كوصي القاضي أو حكماً بأن كان ما يدعي على الغائب سبباً لا محالة)** ذكر هذا القيد في "الحقائق"، وفائدته الاحتراز[١٢] عما يزول سببه صورته [ب٥١و]: "رجل اشترى جارية ثم ادعى أن مولاها زوجها من فلان الغائب وردها بعيب الزوج لا يقبل منه لاحتمال أنه طلقها وزال العيب"[١٣] **(لما يدعى على الحاضر)** هذا في غير صورة يطلب تفصيلها من المطولات[١٤] **(وإن كان شرطاً)** كما إذا ادعى عبد على مولاه أنه [هـ٢٦٧] علق عتقه بتطليق زيد

(١) كتاب العيون: يعرف به.
(٢) في (د): (حوصم).
(٣) في (ب): (إلى المذهب).
(٤) في (ب، ج): (ير).
(٥) (ويقضي): لم ترد في (هـ).
(٦) ينظر: عيون المسائل (٢/ ٣١٧) رقم (١٥٦٤).
(٧) علي السغدي: يعرف به.
(٨) ينظر: أدب القاضي (٣/ ١٤١).
(٩) وفي الخانية: أظهر الروايتين عن الإمام نفاذ قضاؤه وعليه الفتوى. ينظر: مجمع (٢/ ١٧١).
(١٠) وجه النفاذ: إنه ليس بخطأ بيقين، وعندهما: لا ينفذ في الوجهين؛ لأنه قضى بما هو خطأ عنه، وعليه الفتوى. ينظر: الهداية (٣/ ١٠٧).
(١١) قال في الغنية (٢/ ٤١٠). والوجه في هذا الزمان: أن يفتي بقولهما؛ لأن التارك لمذهبه عمداً لا يتركه إلا لهوىً باطل لا لقصد جميل، وأما الناسي فلأن المقلد ما قلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره، هذا كله في القاضي المجتهد، فأما المقلد فإنما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة رحمه الله فلا يملك المخالفة، فيكون معزولاً بالنسبة إلى ذلك الحكم.
(١٢) في (ب، ج): (احتراز).
(١٣) ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٩٢).
(١٤) كما إذا ادعى دار على رجل أنه اشتراها من فلان القاضي فأقام البينة على ذي اليد فإن القاضي يقضي بهذه البينة على الحاضر والغائب جميعاً حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت إلى انكاره رسالة. ولمزيد يراجع: البحر والمنع وغيرها.

زوجته، وأقام بينة على التطليق بغيبة زيد .(**لا يقضي**) من المتأخرين من قال: في الشرط أيضاً يقضي كما في السبب منهم فخر الإسلام علي البزودي[(١)]، والصحيح: أنه لا يقضي ولا حاجة إلى أن يقال إنما لا يقضي على الغائب في صورة الشرط إذا كان فيه إبطال حقه أما إذا لم يكن كما إذا علق طلاق امرأته بدخول زيد في الدار يقضي لأنه عبارة تدل على ذلك دلالة ظاهرة .(**ويقرض مال اليتيم ويكتب ذكر الحق**) لأن في الإقراض مصلحة لبقاء المال محفوظاً والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه، وفي "كتاب الوصايا" من "مجمع الفتاوى"[(٢)]، والقاضي إنما يملك الإقراض [إذا لم يمكنه][(٣)] إن اشترى بماله مستقلاً أما إذا أمكنه فلا يملك الإقراض بل يتعين الشراء كذا قاله محمد، [و١٣٩ظ]، وكذا إذا لم يوجد[(٤)] من يدفع إليه المال مضاربة[(٥)]، انتهى. وإن[(٦)] أقرض الوصي ضمن؛ لأنه لا يقدر على الاستخراج والأب بمنزلة الوصي في الاستخراج والأب بمنزلة الوصي في أصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج.

[فصل في التحكيم][(٧)]

(**وصح تحكيم الخصمين من صلح قاضياً [ج٤٨و] ولزمهما حكمه[(٨)] بالبينة والنكول والإقرار وإخباره بإقرار أحد الخصمين وبعدالة شاهده حال ولايته**) لأن [د١٦٧ظ] إخباره حينئذٍ قائم مقام شهادة رجلين بخلاف ما إذا أخبر بالحكم لانقضاء[(٩)] الولاية والتحاقه بواحد من الرعية .(**ولكل[(١٠)] منهما أن يرجع قبل حكمه ولا يصح حكم المحكوم والمولى لأصله وفرعه وعرسه**) كما لا يصح الشهادة لهم .(**ولا التحكيم في حد وقود**) الأصل أن حكم المحكم بمنزلة الصلح فيما يجوز[(١١)] استيفاء الحد والقود لا يجوز بالصلح فلا يجوز بالتحكيم .(**ودية على العاقلة في دم خطأ**) لأنهم لم يحكموه[(١٢)] وإن حكم بها على القاتل لا يصح

---

(١) (علي البزدوي): لم ترد في (ب، ج).
(٢) (مجمع الفتاوى) لم ترد في (و).
(٣) ما بين القوسين، لم ترد في (هـ).
(٤) في (أ): (وجد).
(٥) في (هـ): (المضاربة).
(٦) في (هـ): (فإن).
(٧) ما بين القوسين زيادة من (و).
(٨) في (هـ): (حكم).
(٩) في (و): (لانتقاض).
(١٠) في (و): (والكل).
(١١) في (ب، ج): (فما لايجوز).
(١٢) في (و): (يحكمون).

أيضاً؛ لأنه مخالف لحكم الشرع إلا إذا ثبت القتل بإقراره[١]؛ لأن العاقلة لا تعقله .**(وصح في سائر المجتهدات)** كالحكم في الكنايات[٢] بأنها رواجع وفسخ اليمين المضافة وغير ذلك وذكر المجتهدات [ب٥٢ظ] ليدل على غيرهما بالطريق الأولى .**(ولا يفتى به دفعاً لتجاسر العوام)** كان القاضي الإمام أبو علي النسفي يقول: يكتم[٣] هذا الفصل ولا يفتى به كيلا يتطرق الجهال إلى ذلك فيؤدي إلى هدم مذهبنا .**(وإذا رفع حكمه إلى قاضٍ آخر[٤] وإن وافق مذهبه أمضاه وإلا أبطله)** إذ ليس حكم الحكم كحكم المولى في أن المختلف فيه يصير به مجمعاً عليه.

مسائل شتى

١- **(ليس لصاحب سفل عليه علو لآخر أن يَتِدَ[٥] في سفله أو ينقب كوة[٦] بلا رضا الآخر)** هذا عنده. وعندهما: له ذلك .**(ولا لأهل زائغة مستطيلة[٧] تنشعب[٨] منها مستطيلة غير نافذة فتح باب في القصوى)[٩]** أي في المتشعبة من الأولى .**(وفي مستديرة لزق طرفاها)** أي اتصل طرفاها **(بالمستطيلة)** والمراد فيها نهاية سعتها[١٠] ولا يلزم أن يكون مثل نصف دائرة[١١] وأقل دل على ذلك [هـ٢٦٨] تصوير شمس [أ١٠١و] الأئمة الحلواني حيث قال في كتاب "الشفعة من محيطه": "سكة غير نافذة بيعت فيها دار[١٢] فأهلها[١٣] شفعاء، لأنهم شركاء في حقوق المبيع فإن كان فيها عطف فإن كان فيها مربعاً فأصحاب العطف أولى[١٤] بما بيع في عطفهم؛ لأنه سبب التربيع يصير[١٥] العطف المربع[١٦] كالمنفصل عن السكة لأن

---

(١) في (ب، ج): (بالقتل).
(٢) في (ب، ج): (الكفايات).
(٣) في (ب، د): (لكتم).
(٤) في (هـ): (القاضي).
(٥) يتد: أي لايدق وتداً. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ١٧٤).
(٦) الكوة: بالفتح ثقب البيت، والجمع كواء. ينظر: المغرب (٢/ ٢٣٦) ومختار الصحاح (١/ ٢٤٣).
(٧) الزائغة المستطيلة: حاد عن الطريق الأعظم. ينظر: فتح القدير (٧/ ٣٢٣). والجامع الصغير (١/ ٣٨٤) وما بعدها.
(٨) تنشعب: أي تتفرع. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ١٧٥).
(٩) في (ب): العضولى. وفي (هـ): (الفصول).
(١٠) في (ب، ج): (شعبتها).
(١١) في (ب): (ديزة).
(١٢) في (ب، ج): (داراً).
(١٣) في (أ): (وأهلها).
(١٤) (أولى): لم ترد في (هـ).
(١٥) في (هـ): (تصيره).
(١٦) في (هـ): (المربعة).

هيئات الدور في العطف المربع[1] تخالف هيئات الدور في السكة فصار العطف المربع[2] بمنزلة سكة أخرى فصار كسكة في سكة ولهذا يمكنهم نصب الدور في أعلاهم وإن[3] كان العطف[4] مدوراً فالكل سواء؛ لأن العطف المدور[5] اعوجاج في بعض السكة وبذلك لا يصير بمنزلة سكتين لأن هيئات الدور فيها لا تتغير بسبب الاعوجاج فكانت [و١٣٩و] سكة واحدة" لهم ذلك.

٢- **(ومن ادعى هبة [ج٤٩ظ] في وقت فسئل[6] [د١٦٧و] بينة فقال: قد[7] جحدنيها فاشتريته منه، أو لم يقل ذلك، وأقام بينة على الشراء بعد وقتها تقبل وقبله لا)** جواب القبول وعدمه ينتظم الصورتين أي ما إذا قال: قد جحدنيها فاشتريته منه، وما إذا لم يقل ذلك ثم أن عدم القبول في الصورة الأولى لا[8] للتناقض بين الدعوتين؛ لأنه مشترك بين الوجهين وكما يمكن التوفيق في أحدهما بتوسط الجحد كذلك يمكن التوفيق في الآخر بتوسط الإقالة بل للتناقض بين الدعوى والشهادة؛ لأنه ادعى الشراء بعد الهبة وشهد الشهود على الشراء قبلها وعبارة "الهداية" صريحة في ذلك[9]، وأما[10] عدم القبول في الصورة الثانية؛ فلأن دعوى الهبة إقرار الموهوب ملك الواهب وقت الهبة [ب٥٢و] [فلا يقبل دعوى الشراء [قبله بخلاف دعوتي الشراء][11] بعده؛ لأنه يقرر ملك وقت الهبة][12]، قال في "التبيين": "ولو لم[13] يذكر لهما تأريخاً أو ذكر لأحدهما ينبغي أن يقبل بينته؛ لأن التوثيق ممكن[14] بأن[15] يجعل الشراء متأخراً"[16].

٣-**(ومن ادعى أن زيداً اشترى جاريته وأنكر، وترك المدعي[17] خصومته)**[18] واقترن تركه بفعل يدل على الرضا[19] بالفسخ كإمساك الجارية ونقلها إلى منزلة[20]

---

(١) في (هـ): (المربعة).
(٢) في (هـ): (المربعة).
(٣) في (ج، هـ): (وات).
(٤) في (ب، ج، هـ، و): (عطف).
(٥) في (و): (للعطف في الدور).
(٦) في (و): (وسئل).
(٧) (قد): لم ترد في (ب، ج).
(٨) (لا): لم ترد في (هـ).
(٩) ينظر: الهداية (٣/ ١٠٩).
(١٠) في (و): (ولهما).
(١١) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).
(١٢) ما بين القوسين، لم يرد في (و).
(١٣) في (ب، ج): ولم. وفي (هـ): (لو لم).
(١٤) في (ب، ج): (يمكن).
(١٥) في (ب): (ان).
(١٦) ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٩٦).
(١٧) (المدعي): لم ترد في (ب، ج).
(١٨) في (ب، هـ، و): (الخصومة).
(١٩) في (ب): (القضاء).
(٢٠) في (ب، ج): (منزلها).

واستخدامها .(**هل له وطؤها**) لا؛ لأنه تعذر [للبائع حصول الثمن من المشتري ففات الرضا فيستبد بفسخه لما مر في كتاب البيع[١] أنه عند تعذر][٢] استيفاء الثمن يبيعه القاضي، ولو كان بمجرد التعذر مسنداً بفسخه لما احتيج إلى بيع القاضي بل لما تقرر في موضعه أن جميع العقود يفسخ بالجحود إذا وافق صاحبه لما يدل على الرضا به غير النكاح، فإنه لا يقبل الفسخ .(**وصدق المقر بقبض عشرة دراهم**) لابد[٣] من ذكر جنس الثمن في صورة المسألة؛ لأن تمام الفرق بين الستوقة وأختيها موقوف عليه فإن خروج الستوقة من جنس الدراهم لا من جنس العشرة مطلقاً (**ثم ادعى إنها زيوفاً أو نبهرجة**) الزيوف: ما زيفه بيت المال [هـ٢٦٩] لنوع[٤] قصور[٥] في جودته إلا أنه يجري فيه المعاملة بين التجار، والنبهرجة: [ما يرده التجار لرداءة فضه وإنما أتى بأداة التراخي للدلالة على الفصل بين الإقرار والدعوى فإنه لابد منه في تمام الجواب][٦] في بعض صورة المسألة على ما ستقف عليه .(**لا من ادعى إنها** [د١٦٨ظ] **ستوقة**) لأن اسم الدرهم يقع على الزيوف والنبهرجة دون الستوقة وهي التي وسطها نحاس أو رصاص ووجهها فضة وهي معربة سه توبه .(**ولا**[٧] **من أقر بقبض الجياد أو حقه أو الثمن أو بالاستيفاء**)[٨] [لأن الاستيفاء][٩] عبارة عن قبض الحق بوصف التمام ثم[١٠] في قوله قبضت الدراهم جياداً[١١] لا يصدق في دعواه الزيوف مطلقاً سواء كان [ج٤٩و] موصولاً أو مفصولاً وفيها إذا أقر أنه قبض الثمن أو حقه أو استوفى ثم ادعى إنها كانت زيوفاً ينظر فإن كان مفصولاً لا يصدق، وإن كان موصولاً يصدق[١٢]؛ لأن قوله جياد مفسر فلا يحتمل التأويل بخلاف غيره؛ لأنه ظاهر أو نص فيحتمل التأويل [و١٤٠ظ] .(**وقوله ليس**[١٣] **لي عليك شيء للمقر بألف يبطل إقراره وبل**[١٤] **لي عليك ألف** [ب٥٣ظ] **بعده بلا حجة أو تصديق من الخصم لغو، وإن قال المدعى عليه عقيب دعوى مال**[١٥]: [أ١١١ظ] **ما كان لك على**

---

(١) ينظر: كتاب البيع من هذه الرسالة، ذكرها في الهداية، باب السلم، المسائل المنثورة (٣/ ٨١).
(٢) ما بين القوسين، لم يرد في (ب، و).
(٣) في (ب، ج): (فلا بد).
(٤) في (و): (بنوع).
(٥) في (ب، ج): (تصوره).
(٦) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).
(٧) في (ب، ج): (وليس).
(٨) في (ب، ج): (أو الاستيفاء).
(٩) ما بين القوسين، لم ترد في (هـ).
(١٠) (ثم): (لم ترد في (هـ).
(١١) في (هـ): (جياد).
(١٢) في (أ): (صدق).
(١٣) في (و): (وليس).
(١٤) في (أ): (قبل).
(١٥) في (ب، ج): (قال).

شيء قط فأقام المدعي بينة على ألف[١] **وهو على القضاء والإبراء قبلت هذه)** خلافاً لزفر لمكان[٢] التناقض.

ولنا: أن التوفيق ممكن لأن غير الحق لا في الواقع فقط بل وفي الرغم أيضاً قد يقضي ويبرأ منه .**(وإن زاد على إنكاره ولا أعرفك ردت)** لتعذر التوفيق إذ لايكون بين اثنين قضاء وإبراء بدون المعرفة قال فخر الإسلام البزدوي في شرح "الجامع الصغير"، وذكر القدوري[٣] في[٤] هذه المسألة عن أصحابنا: أن بينة القضاء تقبل؛ لأن المحتجب أو المخدرة[٥] قد يأمر بعض وكلائه بأرضاً ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق. وقال قاضيخان في شرح "الجامع الصغير": فعلى هذا لو كان المدعى عليه يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل بينة؛ لأنه لا يمكنه التوفيق[٦] من هذا الوجه وفيه نظر؛ لأن مبني إمكان التوفيق على أن يكون أحدهما ممن لا يتولى الأعمال بنفسه[٧] لا على أن يكون المدعى عليه بخصومة منهم وتصوير[٨] القدوري إمكان[٩] التوفيق فيه لا يدل على ذلك ثم قال في الشرح[١٠] المذكور ودلت هذه المسألة على أنه أمكن التوفيق بين الكلامين توفق من غير دعوى التوفيق.

٤- **(ومن أقام بينة على شراء وأراد الرد بعيب ردت بينة بائعه على براءته من كل عيب)** إقامة البينة لا يكون إلا بعد [إنكار الخصم[١١] فلا حاجة إلى أن يقال بعد][١٢] إنكاره[١٣] بقية ثم إنها من مسائل "الجامع[١٤] الصغير" [وصورتها: منه هذه ومن ادعى على من أقرَّ باع جاريته فقال لم أبعها منك قط][١٥] فأقام البينة على الشراء فوجد لها[١٦] أصبعاً زائداً فأقام البائع البينة [د١٦٨و] إنه بريئ إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع ولم يذكر فيه خلافاً بين أصحابنا، وذكرها الخصاف[١٧] في "آخر أدب القاضي" وأثبت فيه[١٨] الخلاف فقال لا تقبل بينة

---

(١) في (ب، ج): (الألف).
(٢) في (ب): (كان).
(٣) مختصر القدوري (ص١٤٠).
(٤) (في): لم ترد في (ب).
(٥) في (و): (أو المحدرة).
(٦) في (و) (بين هذين).
(٧) (بنفسه) لم ترد في (هـ).
(٨) في (و) (وتصور).
(٩) في (هـ) (لمكان).
(١٠) في (ب) (شرح).
(١١) في (و): (الحصم).
(١٢) ما بين القوسين، لم يرد في (و).
(١٣) في (هـ): (انكار).
(١٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٨٧).
(١٥) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).
(١٦) في (هـ): (فوجدها).
(١٧) في (د): (الحصاف).
(١٨) في (و): (فيها).

البائع على البراءة في قول أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف : تقبل وجه قول أبي يوسف أن هنا أيضاً يمكن التوفيق؛ لأنه يجوز أن يقول[١] لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى البيع[٢] [هـ٢٧٠] سألته أن يبرأني عن العيب فأبرأني فلما أمكن التوفيق قبلت البينة لعدم [ج٥٠ظ] التناقض وعلى هذا فالصورة [ب٥٣و] التي ذكرها المصنف لا تصلح أن تكون موضع خلاف لأبي يوسف ؛ لأن وجهة لا تمشي فيها وإنما تمشيه في الصورة المنقولة عن "الجامع الصغير"، ومن لم يفرق بين الصورتين لم يكن على بصيرة ومنهم من قال: في تعليل خلافه[٣]؛ لأن التوفيق ممكن بأن لم يبعها هو إنما باعها وكيله وإبراؤه عن العيب فيكون صادقاً فحينئذٍ تصلح[٤] الصورة المذكورة ها هنا أيضاً أن يكون موضع الخلاف وأما القياس على مسألة الدين لا وجه له كما لا يخفى .**(وذكر إن شاء الله في آخر صك)**[٥] الصك : كتاب الإقرار بالمال وغيره [و١٤٠و] تعريب جك[٦] **(يبطله كله)** عنده[٧] و[٨]هو قياس .**(وعندهما آخره وهو استحسان)** ووجه أن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه لأن الصك للاستيثاق وكذا الأصل في الكلام[٩] الاستبداد وله: أن الكل كشيء واحد بحكم العطف ولو ترك خرجه قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت.

[فصل في القضاء بالمواريث]

(ذمي مات فقالت: عرسه أسلمت بعد موته، وقال ورثته: لا بل قبله صدقوا) وعند زفر : القول قولها؛ لأن الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات ولنا: أن سبب الحرمان ثابت [في الحال][١٠] فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال وهي[١١] تصلح حجة للدفع لا للاستحقاق .**(كما في مسلم مات فقالت: [عرسه أسلمت][١٢] قبل موته، و[١٣]قالوا بل بعد موته)** لما ذكر .**(ومن قال[١٤]: هذا ابن**

(١) في (هـ): (يقال).
(٢) في (هـ): (المبيع).
(٣) في (ب، ج): (خلاف).
(٤) في (ب، ج): (تصح).
(٥) في (ب، ج) (الصك).
(٦) في (ب، ج): (تقريب جك).
(٧) (عنده): لم ترد في (و).
(٨) (الواو): لم ترد في (ب، ج).
(٩) في (و): (كلام).
(١٠) ما بين القوسين، لم يرد في (و).
(١١) في (ب، ج): (وهو).
(١٢) ما بين القوسين، لم يرد في (ب).
(١٣) (الواو) لم ترد في (ب، ج).
(١٤) (قال): لم ترد في (هـ).

مودعي[1] **الميت لا وارث له غيره دفعها إليه)** أي[2] الوديعة .(**ولو أقرّ بعده)** أي بعد الإقرار المذكور .(**بابن آخر لمودعه وجحد الأول فهي له)** أي للأول؛ لأنه لما صح[3] إقراره للأول[4] انقطع[5] يده عن المال فلا عبرة لإقراره الثاني لكونه على الغير .(**ولا يكفل غريم ولا وارث في تركة قسمت بين الغرماء أو الورثة بشهود لم يقولوا: لا نعلم له غريماً آخر[6] أو[7] وارثاً آخر)** إنما قال[8] بشهود [لأنها[9] إذا قسمت بالإقرار يكفل بالاتفاق وإنما [أ١١١و] قال لم يقولوا به][10] لأنهم إن قالوا ذلك لا يكفل؛ بالاتفاق .(**وهو)** أي التكفيل في الصورة المذكورة .(**احتياط [د١٦٩ ظ] ظلم)** أي قيل على سواء السبيل وهذا عند أبي حنيفة ، وقالا[11]: يأخذ[12] الكفيل نقل عنه أنه شيء احتاط[13] به بعض[14] القضاة فكأنه كونه عن اجتهاد فلا يكشف قوله إنه ظلم[15] عن[16] مذهبه إن المجتهد يخطئ ويصيب. **(وعقار أقام زيد حجة أنه له ولأخيه الغائب إرثاً قضى له[17] بنصفه وترك باقيه مع ذي اليد [ب٥٤ظ] بلا تكفيله[18] جحد دعواه أو لا)** هذا عنده فإن ذا[19] اليد قد اختاره الميت فلا يقصر يده عما ليس مدعيه حاضراً، وقالا[20]: إن جحد ذو اليد لا يترك الباقي في يده؛ لأن الجاحد خائن فيؤخذ منه [ج٥٠و] ويجعل[21] في يد أمين وإن لم يجحد ترك في يده ولا يؤخذ منه كفيل .(**والمنقول مثله)** أي هو أيضاً على الخلاف .(**وقيل هو يؤخذ منه بالاتفاق)** قال الزاهد[22] العتابي[23] [هـ٢٧١]: ولو كان عرضاً يؤخذ[24] من يده بالإجماع؛ لأنه يمكن تغييبه[25].

---

(١) في (أ، ب، ج، هـ): (مودع). ولم ترد في (و).

(٢) (أي): لم ترد في (هـ).

(٣) في (و): (لا تصح).

(٤) (للأول) لم ترد في (ب، ج، هـ، و).

(٥) في (ب، ج): (انقع).

(٦) (آخر): لم ترد في (ب).

(٧) (أو): مكرر في (ب).

(٨) في (و): (أي قالوا).

(٩) في (و): (لأنه).

(١٠) ما بين القوسين، لم يرد في (د).

(١١) ينظر: الهداية (٣/ ١١١).

(١٢) في (ب، ج): (لا يأخذ).

(١٣) في (هـ): (احتياط).

(١٤) في (هـ): (لبعض).

(١٥) في (هـ): (يحكم).

(١٦) في (هـ): (على).

(١٧) في (ب، جـ) (به).

(١٨) في (ب، ج، هـ): (بلا تكفيل).

(١٩) في (هـ): (ذي).

(٢٠) ينظر: الهداية (٣/ ١١٢).

(٢١) في (ب، ج): (يجعله).

(٢٢) في (ب): (الزاهدي).

(٢٣) الزاهد العتابي: يعرف به إذا كان غير الزاهدي صاحب شرح متن القدوري.

(٢٤) في (ب، ج): (يأخذ).

(٢٥) تجارة العقار لأنه محفوظ تبعه ولذلك يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون بيع =

(ووصيته بثلث ماله على كل شيء، ومالي أو ما أملك[١] **صدقة على مال الزكاة)** هذا عند أئتمنا الثلاث، وعند زفر يقع على كل شيء كوصية[٢] قضية[٣] لإطلاق[٤] اللفظ وعن اعتبرنا إيجاب العبد بإيجاب الله تعالى .**(فإن لم يجد إلا ذلك أمسك منه قوته فإذا ملك تصدق بما أخذ ولم يقدر لاختلاف أحوال الناس)** وقيل المحترف يمسك قوته ليومه وصاحب الغلة[٥] لشهر وصاحب الضيعة لسنة على حسن تفاوت وصولهم إلى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله .**(وصح الايصاء بلا علم الوصي به لا التوكيل)**[٦] أي من أوصى إليه ولم يعلم [و١٤١ظ] بالوصية حتى باع شيئاً من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل، [حتى يعلم][٧] وعن أبي يوسف أنه[٨] لا يجوز في الفصل الأول .**(وشرط خبر عدل أو مستورين لعزل الوكيل**[٩] **قصداً)** لابد من هذا القيد؛ لأن عزله الحكمي[١٠]بموت الموكل وجنونه المطبق[١١] يثبت قبل العلم به[١٢] **(ولعلم السيد بجناية عبده والشفيع بالبيع والبكر بالنكاح ومسلم لم**[١٣] **يهاجر بالشرائع لا لصحة التوكيل)** من أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه؛ لأنه إثبات من إلزام أمر[١٤] ولا يكون النهي عن الوكالة عزلاً حتى يشهد شاهدان أو رجل عدل وهذا عنده. وقالا: هو والأول سواء؛ لأنه من المعاملات ويخبر الواحد فيها كفاية وله أنه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط أحد شطريها وهو العدد أو العدالة بخلاف الأول [وعلى هذا الخلاف][١٥] إذا أخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم [د١٦٩ظ]

= العقار. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ١٨٠).

(١) في (ب، ج): (ملكه).
(٢) (كوصية): لم ترد في (هـ).
(٣) (قضية): لم ترد (في (ب، ج، هـ، و).
(٤) في (ب، ج): (بلا اطلاق). وفي (هـ): (للإطلاق).
(٥) في (و): (شهر).
(٦) في (هـ): (كالتوكيل).
(٧) ما بين القوسين، لم يرد في (ب، ج).
(٨) في (ب، هـ، و): (لأنه).
(٩) في (ب): (التوكيل).
(١٠) في (ج): (الحكم).
(١١) في (ب، ج): (وجنون المطلق).
(١٢) (به): لم ترد في (ب، ج).
(١٣) في (ج): (ثم).
(١٤) (أمر): لم ترد في (ب، ج، هـ، و).
(١٥) ما بين القوسين، لم يرد في (و).

يهاجر .(**ولا يضمن قاضٍ ولا أمنية**[١] **إن باع عبداً للدين وأخذ ثمنه فضاع واستحق**[٢] **العبد أو مات قبل قبضه**) لأن أمين القاضي قائم[٣] مقام القاضي والقاضي قائم مقام الإمام وواحد منهم لا يلحقه الضمان كيلا يتقاعدوا[٤]عن قبول هذه الأمانة [ب٥٤و] فتضيع الحقوق .(**فيرجع المشتري على الدائن**) لأن البيع واقع له فيرجع عليه عند تعذر الرجوع على العاقد .(**وإن كان البائع وصياً بأمر القاضي رجع**[٥] **المشتري على الوصي**) لأنه عاقد نيابة عن الميت وإن كان بإقامة القاضي عنه[٦] فصار كما إذاباع بنفسه .(**وهو عليه**) لأنه عامل له .(**ولو أمرك قاض عالم عدل بفعل قضي به على هذا [ج٥١ظ] من رجم أو قطع أو ضرب وسعك فعله وصدق عدل جاهل سئل فأحسن تفسير ولم يقبل قول غيرهما**) هذا ما اختاره الإمام أبو منصور الماتريدي حيث قال: "إن كان عدلاً عالماً يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأا والخيانة وإن كان عدلاً جاهلاً يستفسر فإن أحسن التفسير[٧] وجب تصديقه وإلا فلا، وإن كان جاهلاً فاسقاً أو عالماً فاسقاً لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة"[٨]. والله أعلم[٩].

---

(١) في (هـ): (ولا امنيان).
(٢) في (و): (أو استحق).
(٣) في (ب): (قام).
(٤) في (أ): (يتقاعدون).
(٥) في (أ، ب، ج): (يرجع).
(٦) (عنه): لم ترد في (ب، ج).
(٧) في (هـ): (الفسر).
(٨) ينظر: الهداية (٣/ ١١٤).
(٩) (والله أعلم): الزيادة من (ب، هـ، و).

كتاب الشهادة والرجوع عنها

(هي الاخبار بالشيء عن مشاهدة [أ١١٢ظ] وعيان) ولا يشكل هذا بالتسامع[1]، لأن اعتبارها استحساناً[2] وتفريعات[3] الشرع تكون[4] على وفق القياس وشرط في مفهومها[5] الشرعي أن يكون في مجلس القضاء بلفظ[6] الشهادة ذكره في التبيين[7]، ولا يلزم أن يكون بحق للغير على آخر كما في الشهادة على الفرقة من قبلها قبل الدخول تمام الاخبارات[8] أربعة لا ثلاثة[9] رابعها الإنكار ذكره في شرح الطحاوي ، وقال كل من ادعى ما في يد نفسه لنفسه فهو منكر. **(وتجب بطلب المدعي)** يعني أنه موقوف على طلبه فلا يجب [و١٤١و] إلا به لأنه يجب به[10] البينة ثم أن في عبارة المدعي[11] إشارة إلى أن الكلام فيما يتوقف على الدعوى.

اعلم : أن الدعوى ليست بشرط لا في صحة الشهادة ولا في[12] وجوبها مطلقاً ثم أن كلاً من الوجوب والطلب يوجد بدون الآخر.

أما الأول : ففي الطلاق البائن وعتق الأمة والواقف.

وأما الثاني : ففي صور ذكرها في "مختارات النوازل" بقوله[13] إن كان في الصك من يقبل شهادتهم يسعه [د١٣٠ظ] أن يمتنع منها، وكذا إذا خاف على نفسه[14] من جور جائر[15] أو غيره أو لم[16] يتذكر[17] الشهادة على وجهها أو

---

(١) في (ب): (بالسامع).

(٢) في (ب): (استحان).

(٣) في (أ، هـ، و): (ويعريفات).

(٤) في (ب، ج): (يكون).

(٥) في (ب،جـ): (مفهوم).

(٦) في (أ): (بلفظة).

(٧) ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٢٠٧).

(٨) في (و): (الإخيارات).

(٩) الإخبارات ثلاث : ١- أما بحق للغير على آخر، وهو الشهادة. ٢- أو بحق للمخبر على آخر وهو الدعوة. ٣- أو بالعكس وهو الاقرار. ينظر : الوقاية (ص٦١٥).

(١٠) (به): لم ترد في (هـ).

(١١) (المدعي): لم ترد في (أ، ب).

(١٢) (في): لم ترد في (ب، ج، د).

(١٣) في (ب): (يقول).

(١٤) في (أ): (نفسها).

(١٥) في (ب): (وجود جائر).

(١٦) في (هـ): (ولم).

(١٧) في (و): (تذكر).

كانت الشهادة[١] على باطل .**(وسترها في الحدود أحب)**[٢] أي أفضل .**(إلا في السرقة فإن فيها يقول أخذ لا سرق)**[٣] يعني أن السر أفضل في جميع [ب٥٥ظ] ما يوجب الحد [فعليه أن يقول أخذ فإنه ثبت المال ولا يجب الحد لا سرق إذ يجب الحد ويضع المال][٤] في السرقة فإن فيها يجب الكشف لكن على وجه لا يجب الحد ولا يضيع المال [فعليه أن يقول أخذ فإنه[٥] به يثبت المال ولا يجب الحد ولا سرق إذ به يجب الحد [ويضيع المال][٦] لأن القطع والضمان لا يجتمعان .**(ونصابها)** أي أدنى ما يكفر لم يقل وشرطها][٧] لما سيأتي أن المرأة ليست بشرط الولادة وأختيها .**(للزنا أربعة رجال وللقود وباقي الحدود رجلان وللبكارة والاستهلال)**[٨] لم يقل والولادة، لأن شهادة امرأة واحدة على الولادة إنما تكفي عندهما خلافاً له[٩] على ما مر في باب ثبوت النسب وأما شهادتهما على الاستهلال تقبل[١٠] بالإجماع في حق الصلاة، وإنما قلنا في حق الصلاة [ج٥١و]؛ لأن حق الإرث لا تقبل عنده، خلافاً[١١] لهما[١٢] **(وعيوب النساء فيما لا يطلع عليه الرجال)** لم يقل الرجل كي لا يفهم أن الشرط عدم اطلاع الجنس. **(امرأة)** وتقبل فيها شهادة رجل واحد أيضاً[١٣]، لأنه[١٤] لما قيل فيها شهادة المرأة[١٥] كان الرجل بالطريق الأولى .**(ولغيرها مالاً كان أو غير مال)** وفي الثاني خلاف الشافعي[١٦] **(كنكاح ورضاع وطلاق ووكالة ووصية رجلان أو رجل**

---

(١) في (ج، د، هـ): (أو كان اشهد). (٢) في (أ): (امن).

(٣) في (أ): (لا سرقة).

(٤) ما بين القوسين، لم ترد في (ب، ج، د، هـ، و).

(٥) في (ب، ج): (فإن).

(٦) ما بين القوسين، لم ترد في (أ).

(٧) ما بين القوسين، لم ترد في (هـ).

(٨) الاستهلال صوت يكون عقب الولادة. ينظر: (٢/ ٤١٣).

(٩) والثنتان أحوط طافية من معنى الالزام. ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٤١٨). والهداية (٣/ ١١٦). والاختيار (٢/ ٤١٢).

(١٠) في (و): (فتقبل). (١١) في (ب): (خلا).

(١٢) لأنه صوت الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة. ينظر: الهداية (٣/ ١١٦).

(١٣) أما إذا شهد بالولادة وقال: فاجأتها فاتفق نظري عليها تقبل شهادته إذا كان عدلاً. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ١٨٧). (١٤) (لأنه): لم ترد في (هـ).

(١٥) (المرأة): لم ترد في (هـ). (١٦) ينظر: الأم (٧/ ٨٧).

وامرأتان وشرط للكل[١] **العدالة)** قال أصحابنا: إنها شرط القبول للشهادة وجوداً على الإطلاق ووجوباً لأن شرط حل القول بدونه[٢]، وقال الشافعي : إنها أصل القبول كذا في "البدائع"[٣] **(بلفظ الشهادة)** اعلم أن كل موضع لا[٤] يشترط فيه لفظ الشهادة كطهارة[٥] الماء والموت ورؤية[٦] هلال رمضان لا يكون[٧] [هـ٢٧٣] الواقع فيه من قبيل الشهادة الشرعية بل من قبيل[٨] الإخبار .**(فلا تقبل أن قال: أعلم أو أتيقن ولا يسأل قاضٍ**[٩] **عن شاهد)** أي[١٠] لا يستفسر عن عدالته. **(بلا طعن الخصم)** فيه .**(إلا في حد وقود وقالا يسأل**[١١] **في الكل سراً وعلناً وبه يفتى في زماننا ويكفي سراً)** تحرزاً عن الفتنة، قال محمد [١٢]: "تزكية العلانية بلاء وفتنة وكفى للتزكية وهو عدل[١٣] في الأصح قيل لابد أن يقول هو عدل جائز الشهادة[١٤]، إذ العبد والمحدود إذا تاب قد يعدل، والأصح أن يكتفي بقوله هو عدل لثبوت الحرية بالدار" كذا في "الكافي"[١٥] قوله لثبوت الحرية بالدار يعني أن الأصل [و١٤٢ظ] فيمن كان في دار الإسلام الحرية فهو بعبارته[١٦] جواب عن النقض بالعبد وبدلالته عن النقض[١٧] بالمحدود .**(ولا يصح تعديل الخصم بقوله هو عدل)** سواء زاد عليه قوله .**(أخطأ أو نسي)** أو لم يزد ذكره في "الكافي" .**(فإن قال عدل صدق صح التعديل)** لم يقل يثبت الحق؛ لأنه أمر آخر وراء التعديل[١٨]

---

(١) في (ب،جـ) (لكل).

(٢) في (هـ): (بالاشتراط أصلاً للقبول حتى يثبت القول بدونه).

(٣) ينظر: الأم (٦/ ٢٠٥). والبدائع (٥/ ٤٠٦).

(٤) (لا): لم ترد في (هـ).

(٥) في (و): (الشهادة الشرعية).

(٦) في (ب): (الرويت).

(٧) (لا يكون): مكرر في (هـ).

(٨) في (ب): (قبل).

(٩) (قاض): لم ترد في (ب، و).

(١٠) في (ب، و): (لأي).

(١١) في (هـ، د): (لا سأل).

(١٢) ينظر: الهداية (٢/ ٣/ ١١٧). والاختيار (١/ ٢/ ٤١٤) وما بعدها.

(١٣) (عدل): لم ترد في (أ، ب، ج).

(١٤) (الشهادة): لم ترد في (ب، و).

(١٥) قال في الدرر الحكام (٢/ ٣٧٣) فيه اشكال؛ لأن المحدود في القذف التائب قد يكون عدلا كما ذكره، فلا بد من قوله جائز الشهادة للمخرج، وهذا لا يرد على عبارة الهداية اذ لم يذكر فيها المحدود في القذف، لكن لابد فيه ايضا من اعتبار هذا القيد ليخرجه، فحينئذ لا يكون الاكتفاء بقوله هو عدل أصح.

(١٦) في (ج، و): (في بعبارته).

(١٧) (عن النقض): لم ترد في (ب، ج).

(١٨) في (أ): (التعويل).

قد يترتب عليه وقد [ب٥٥و] يتخلف عنه .(**وكفى واحد في تزكية السر**) لابد من هذا القيد؛ لأن العدد شرط في تزكية العلانية إجماعاً ذكره الخصاف [١] [أ١١٢و] .(**وترجمة الشاهد والرسالة المزكى والاثنان أحوط**) هذا عنده، وعند محمد: يجب الاثنان[٢][٣].

فصل

[في بيان أنواع ما يتحمله الشاهد]

(**ولمن سمع بيعاً**) يعني لفظ الإيجاب والقبول .(**أو إقراراً**[٤] **أو حكم**[٥] **قاضٍ أو**[٦] **رأي غصباً أو قتلاً أن يشهد به وإن لم يشهد عليه ويقول**) فيما [إذ لم يشهد][٧] (**أشهد لا أشهدني ولا يشهد على الشهادة ما لم يشهد عليها فلا يشهد عليها من سمع شهادة شاهد والإشهاد على الشهادة**) لأنه ما حمله وإنما حمل[٨] غيره .(**ولا يشهد من رأي خطه ولم يذكر شهادته**) قال "صاحب المنظومة" في مقابلة[٩] النعمان: لا يعمل الشهود والقضاة بالخط إذ ينسون[١٠] والرداة وقالا: له أن يقضي ويشهد ويرى إذا علم أنه خطه على الحقيقة. قال في "العيون" [ج٥٢ظ]: يفتى بقولهما من "الحقائق" وفي "شرح التبيين" هذا عنده؛ لأن الخط يشبه الخط. وقال[١١] محمد : "يجوز لكل واحد منهم أن يعمل بالكتاب إن تيقن به وإن لم يتذكر الواقعة توسعه للأمر على الناس". وقال أبو يوسف : يجوز

---

(١) ينظر: شرح أدب القاضي للخصاف (٣/ ٢٧-وما بعدها).

(٢) اراد بها المترجم عن الشهود؛ لانها خبر، وليست بشهادة حقيقة، ولهذا لا يشترط لفظة الشهادة، فإذا تجوز تزكية العبد والمرأة والأعمى والمحدود في القذف إلا إذا تاب، وكذلك يجوز كون واحد من هؤلاء رسولا أو مترجما. ينظر: شرح الكنز (٢/ ٧٩).

(٣) أما في تزكية العلانية يشترط جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية والبصر وغيرهما سوى لفظ الشهادة بالاجماع؛ لأن معنى الشهادة فيها أظهر ولذا يختص بمجلس القاضي. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ١٩٠). وشرح الكنز (٢/ ٧٩)، وفي الهداية (٣/ ١١٨) ويشترط في تزكية شهود الزنا أربعة ذكور عند محمد. الهداية.

(٤) في (و): (الإقرار).

(٥) في (ب، ج): (ولكم).

(٦) في (و): (لو).

(٧) ما بين القوسين، لم ترد في (هـ).

(٨) في (هـ): (حمله).

(٩) في (أ): (مقامة). وفي (د، هـ، و): (مقالة).

(١٠) في (أ): (ينسوق). وفي (و): (ينسونه).

(١١) في (أ): (مال). وفي (ج، د، هـ، و): (قال).

للراوي أن يعمل به للدلالة الظاهر وكذا القاضي[١]؛ لأنه عاجز عن حفظ كل حادثة لكثرة أشغاله وليس للشاهد أن يشهد برؤية خط[٢] ما لم يتذكر الشهادة[٣].
(**ولا بالتسامح** [**بلا عيان إلا في النسب**) وطريق معرفة النسب أن يسمع أن فلان بن فلان في جماعة][٤] لا يتصور تواطئهم على الكذب عند أبي حنيفة، وعندهما: إذا أخبره عدلان أنه ابن فلان يحل له الشهادة[٥] على النسب والفقيه أبو بكر الاسكاف كان يفتي بقولهما[٦] وهو اختيار النسفي كذا ذكره القاضي الإمام ظهير الدين .(**والموت**) روى ابن سماعة عن محمد : إذا أخبرك واحد عدل بالموت وسعك أن تشهد [هـ٢٧٤] [وفي فصول الأستروشني[٧] ذكر القاضي الإمام ظهير الدين][٨]: والصحيح أن الموت بمنزلة النكاح وغيره لا يكتفي فيه بشهادة[٩] الواحد [ذكر قاضي خان وغيره][١٠] (**والنكاح والدخول**) [وكذا المهر ذكره الحاكم الشهيد في المنتقى][١١] (**وولاية القاضي وأصل الوقف**) بيان المصرف داخل في [د١٧١ظ] أصل الوقف [وإنما قال أصل الوقف][١٢]؛ لأن

---

(١) في (أ، ج، د، هـ، و): (للقاضي).
(٢) في (أ): (حفظه). وفي (ب، هـ، و): (خط).
(٣) ينظر: الهداية (٣/ ١١٩)، وتبيين الحقائق (٤/ ٢١٤). والاختيار (٢/ ٤١٦).
(٤) ما بين القوسين، لم ترد في (ج).
(٥) (الشهادة): لم ترد في (ب، ج).
(٦) وجه قولهما: أنه لما رأى اسمه وخطه وخاتمه على الصك دل على إنه تحمل الشهادة وهي معلومة في الصك فيحمل أداؤها وإذا أداها تقبل ولأن النسيان حيل عليه خصوصاً عند طول المدة لأن طول المدة ينسي فلو شرط تذكر الحادثة لأداء الشهادة لانسد باب الشهادة فيؤدي إلى أن يضيع الحقوق وهذا لا يجوز.
وجه أبي حنيفة: لأنه يجري فيه الاحتيال والتزوير مع أن الخط للتذكر فخط لا يذكر وجوده وعدمه بمنزلة واحدة. ينظر: البدائع (٥/ ٤١٠).
(٧) هي: للإمام محمد بن محمود بن حسين مجد الدين الأستروشني، كان في عصره من المجتهدين، أخذ عن أبيه، وعن استاذ أبيه صاحب الهداية، وكتاب الفصول حيث يحتوي على ثلاثين فصلاً اختار فيها مسائل القضاء والدعاوى، وما يكثر دورها على القضاة، وله جامع أحكام الصغار، توفي (٦٣٢هـ) ينظر: طبقات الفقهاء (ص٩٥)، كشف الظنون (٢/ ١٢٦٦)، الفوائد البهية (ص٢٠٠).
(٨) ما بين القوسين، لم ترد في (د، هـ، و).
(٩) في (هـ، و): (شهادة).
(١٠) ما بين القوسين، لم ترد في (أ، هـ).
(١١) ما بين القوسين، لم ترد في (أ).
(١٢) ما بين القوسين، لم ترد في (و).

شرطه[١] لا يحل[٢] له[٣] فيه الشهادة بالتسامح[٤] **(إذا شهد عنده)** لم يقل إذا أخبر به؛ [لأن من قال بكفاية السماع [ب٥٦ظ] من العدلين يشترط[٥] أن يكون الاخبار بلفظ الشهادة][٦] كذا ذكره الخصاف [٧] **(رجلان أو رجل وامرأتان من العدول)** [و١٤٣و] لم يقل عدلان أو رجل[٨] وامرأتان؛ لأن الظاهر[٩] منه تخصيص شرط العدالة بالصنف الأول ولا يخفى[١٠] فساده ثم قصر الاستثناء على ما ذكر ينفي اعتبار التسامح في الولاء[١١] وعند أبي يوسف يعتبر فيه أيضاً؛ لأنه بمنزلة النسب[١٢] **(ويشهد رأي جالسها مجلس القضاء[١٣] يدخل عليه الخصوم أنه قاضي ورجل وامرأة يسكنان بيننا وبينهما انبساط الأزواج إنها[١٤] عرسه)** قوله[١٥] ورجل[١٦] وامرأة عطف على قوله جالس وقوله إنها عرسه عطف على قوله أنه قاضي فهذا من باب العطف على معمولي عاملين مختلفين والمجرور مقدم فإن جالس معمول[١٧] رأى وانه قاضٍ معمول يشهد .**(وشيء سوى الآدمي)** [إنما استثنى الآدمي؛ لأن له يداً على نفسه فيدفع[١٨] يد الغير عن نفسه والمراد من[١٩] يعبر عن نفسه ولم[٢٠] يعرف بالرق ذكر صاحب الهداية][٢١] **(في يد شخص أنه له)** قال قاضيخان في شرح "الجامع الصغير": ولا يشترط انضمام التصرف إليها؛ لأن يد المتصرف[٢٢] قد يكون بغير ملك[٢٣] أيضاً فيجعل نفس اليد دليلاً .**(فإن**

---

(١) في (ب): (شرط).
(٢) في (و): (لا يحتمل).
(٣) (له): لم ترد في (أ، هـ، و).
(٤) الشهادة بالتسامح في الوقف، فلم يذكره في ظاهر الرواية، الا أن مشايخنا الحقوه بالموت لأن مبني الوقف على الاشتهار ايضا كالموت فكان ملحقاً به، وكذا تجوز الشهادة بالتسامح في القضاء والولاية أن هذا قاضي بلد كذا ووالي بلد كذا، وإن لم يعاين المنشور؛ لأن مبنى القضاء والولاية على الشهرة فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة. ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٤٠٠).
(٥) في (و): (بشرط).
(٦) ما بين القوسين، لم ترد في (هـ).
(٧) ينظر: شرح أدب القاضي للخصاف (٣/ ٤٠).
(٨) في (ب، ج): (رجل).
(٩) في (ج): (الظاهر)
(١٠) في (ب، ج): (فلا يخفى).
(١١) في (هـ، و): (وهو الصحيح).
(١٢) في (ب، ج): (السبب).
(١٣) في (هـ): (القاضي).
(١٤) في (و): (انه).
(١٥) (قوله): لم ترد في (و).
(١٦) في (د): (رجل).
(١٧) في (ب، ج): (معمولي).
(١٨) في (أ): (فرجع به).
(١٩) في (و): (عن).
(٢٠) (ولم): لم ترد في (ب، هـ، و).
(٢١) ما بين القوسين، لم ترد في (هـ).
(٢٢) في (أ، ج، د، هـ، و): (التصرف).
(٢٣) في (هـ): (ذلك).

فسر للقاضي[١] **شهادته بالتسامح أو بحكم**[٢] **اليد بطلت)** لأن اليد مع إنها محتملة[٣] جعلت حجة الشهادة[٤] لمكان الضرورة فإذا نسب الشهادة إلى اليد والشهادة [ج٥٢و] محتملة[٥] أيضاً يزاد الاحتمال فلا يقبل كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان .(**ومن شهد أنه شهد دفن زيداً وصلى عليه قبلت)** لا [لأن معاينة الموت لا يكون إلا من واحد أو اثنين؛ لأنه علة جواز الشهادة بالتسامح على الموت بل][٦] لا يجري في مثل ذلك التلبيس عادة فحضور الدفن وكذا الصلاة معاتبة على ما أفصح عنه (**وهو عيان**)، (والله أعلم)[٧].

باب القبول [أ ١٣٣ظ] وعدمه

(**تقبل الشهادة من أهل الأهواء**) وقال الشافعي [٨]: "لا تقبل؛ لأنه أغلظ وجوه الفسق". ولنا: أنه من حيث الاعتقاد وما[٩] أوقعه فيه إلا تدينه به .(**إلا الخطابية**)[١٠] هو قوم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم، وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة .(**والذمي على مثله وما خالفه ملةً وعلى المستأمن والمستأمن على مثله** [د١٧١و]) دون العكس [ب٥٦و] خلافاً للشافعي ومالك [١١] في الصورة المذكورة .(**وإن**[١٢] **كانا من دار**) وإن [هـ٢٧٥] كانا[١٣] من دارين كالترك والروم لا تقبل اتفاقاً .(**وعدو سبب الدين ومن اجتنب الكبائر**) قال في "الفتاوى الصغرى"[١٤] : ذكر الشيخ خواهرزاده في

---

(١) في (أ، ج، د، هـ، و): (للقاضي).
(٢) في (ب): (بالحكم).
(٣) في (و): (يحتمل).
(٤) في (ب، ج): (الشهادة).
(٥) في (و): (يحتمله).
(٦) ما بين القوسين زيادة من (د).
(٧) ما بين القوسين، زيادة من (ب، ج).
(٨) ينظر: الأم (٦/ ٢٠٥).
(٩) (وما): لم ترد في (د، و).
(١٠) الخطابية: نسبة إلى أبي الخطاب محمد بن وهب الأجدع، وقيل: ابن أبي زينب الأسدي، وكان يزعم أن علياً ﷺ الإله الأكبر وجعفر الصادق ﷺ الإله الأصغر وقالوا الأئمة أنبياء وكانوا يتحملون شهادة الزور لموافقيهم على مخالفيهم حتى وقف جعفر الصادق رضي الله عنه على غلوه الباطل في حقه تبرأ منه ولعنه وأمر أصحابه بالبراءة منه ثم قتله بسنخة الكوفة وافترقت الخطابية لعدة فرق. ينظر: الملل والنحل (١/ ١٧٩). والفرق بين الفرق (١/ ١١). والمواقف (٣/ ٦٧٣). ومقالات الإسلاميين (١/ ٧٠).
(١١) ينظر: الأم (٦/ ٢٣٣). والمزني (ص٣٠٥). واختلاف الحديث (١/ ٢٨٥). والشرح الصغير (٤/ ٢٣٩). وكفاية الطالب (٢/ ٤٥٠). والفواكه الدواني (٢/ ٢٢٥). والشرح الكبير (٤/ ١٧٢). وغيرها.
(١٢) في (أ، ج): (ان).
(١٣) في (ب، ج): (كان).
(١٤) هي : للشيخ الإمام عمر بن عبد العزيز عمر بن مازة برهان الأئمة، أبو محمد المعروف بالحسام =

"شرح الشهادة"[١] حد الكبيرة ما كان حراماً محضاً يسمى فاحشة في[٢] الشرع[٣] كاللواطة[٤] أو لم[٥] يسمى في الشرع فاحشة لكن شرح عليها عقوبة محضة بنص قاطع في[٦] الدنيا بالحد كالسرقة والزنا وقتل نفس بغير حق والوعيد[٧] بالنار في الآخرة كأكل مال اليتيم .**(ولم يصر على الصغائر)** لأن الصغيرة تأخذ حكم الكبيرة بالإصرار عليها، وكذا بالغلبة على ما أفصح عنه في "الفتاوى [و١٤٤ظ] الصغرى" حيث قال: العدل من يجتنب عن الكبائر كلها حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته، وفي الصغائر العبرة للغلبة أو الدوام على الصغيرة لتصير[٨] كبيرة [ولذلك قال][٩] **(وغلب صوابه)**[١٠] وأما[١١] الاجتناب عن الأفعال الخسيسة[١٢] الدالة على الدناءة[١٣] أي عدم المروءة فقد اكتفى عنه بالقيد الأول بناء على ما ذكر في الخلاصة من أن كل من[١٤] يرفض المروءة والكرم فهو من الكبائر بقي ها هنا شيء وهو أن ما ذكر لما كان تفسيراً[١٥] للعدل[١٦] لم يكن ذكره في جملة[١٧] من تقبل شهادته مناسباً إذ حينئذٍ حقه أن يذكر على أنه شرط قبول الشهادة .**(والأقلف)**[١٨] لأنه يخل بالعدالة إلا إذا ترك استخفافاً بالدين[١٩]، قال أبو بكر الرازي: يرد بالاستخفاف[٢٠] الاستهزاء؛

= الشهيد المقتول سنة ٥٣٦هـ، تفقه على يد أبيه وصنف الفتاوى الصغرى وهي التي بوبها نجم الدين يوسف بن أحمد الخاصي ذكر فيها إنه لم يبالغ في ترتيبها كما بالغ في ترتيب واقعاته، ثم انتخبها الشيخ الإمام يوسف السجستاني، وألحق بها وسماها منية المفتي. ينظر: تاج التراجم (ص٤٦) رقم (١٣٩) وطبقات الحنفية (١/ ٣٩١) رقم (١٠٨١) وكشف الظنون (٢/ ١٢٢٤) والفوائد البهية (ص١٤٩).

(١) في (د، هـ، و): (الشهادات).
(٢) حرف (في): مكرر في (و).
(٣) (الشرع): لم ترد في (د، و).
(٤) في (و): (اللواطة).
(٥) في (و): (ولم).
(٦) في (أ، د، هـ، و): (أما في).
(٧) في (د، هـ): (أو الوعيد).
(٨) (لتصير): لم ترد في (هـ).
(٩) ما بين القوسين، لم ترد في (ج).
(١٠) في (ب، ج): (ثوابه).
(١١) في (هـ، و): (وأما في).
(١٢) في (ب): (الحسية).
(١٣) في (ج): (الزناءة).
(١٤) (من): لم ترد في (ج). وفي (أ، د): (فعل).
(١٥) في (ب): (تفسير).
(١٦) في (أ، ج): (للعدل).
(١٧) في (هـ): (الجملة).
(١٨) في (أ): (الأحلف). والأقلف: الرجل الذي لم يختن والقلفة جلدة الذكر التي ألبستها الحشفة، وهي التي تقطع في الختان. ينظر: الزاهر (١/ ٣٨٥) ولسان العرب (٩/ ٢٩٠). والقاموس المحيط (١/ ١٠٩٤). والمصباح (٢/ ٥١٤).
(١٩) في (و): (للدين).
(٢٠) (لم): لم ترد في (ب).

[لأن الاستهزاء][(١)] بشيء من الشرائع كفر وإنما أراد به التواني والتكاسل[(٢)]. **(والخصي[(٣)] وولد الزنا والخنثى والعمال)** قال فخر الإسلام في شرح "الجامع الصغير": معناه العمال الذين كانوا أعوان السلطان في ذلك العصر؛ لأن الصلاح كان غالباً عليهم وأما[(٤)] هؤلاء[(٥)] الذين [ج٥٣ظ] في زماننا فلا تقبل شهادتهم؛ لأن الظلم[(٦)] غالب فيهم[(٧)] **(ولأخيه وعمه[(٨)] ومن حرم رضاعاً أو مصاهرة لا من أعمى)** لا تقبل شهادة الأعمى في شيء من الحقوق إذا تحملها وهو أعمى بالإجماع، وأما[(٩)] إذا[(١٠)] تحملها وهو بصير فأدى وهو أعمى ففي المنقول لا تقبل إجماعاً، وفي الدين والعقار تقبل عنده خلافاً لهما ولو كان بصيراً عند التحمل والأداء غير أنه عُمي[(١١)] قبل القضاء فعلى الخلاف من "المحيط"[(١٢)]، وفي "الذخيرة" الخلاف فيما لا يجوز [ب٥٧ظ] الشهادة بالشهرة والتسامح و[(١٣)][(١٤)] في خلافه تقبل شهادة الأعمى بلا خلاف. **(ومملوك [د١٧٢ظ] ومحدود في قذف وإن تاب)** وقال الشافعي[(١٥)] تقبل بعدما تاب .**(إلا من حد في كفره فأسلم، وعدو بسبب الدنيا على من يعاديه)** إنما قال على من يعاديه؛ لأنه تقبل على عكس ما ذكر بقوله .**(ولا لأصله**

---

(١) ما بين القوسين، لم ترد في (و).

(٢) روي عن ابن عباس ﷺ أنه قال: الأقلف لا تجوز شهادته، ولا تقبل صلاته، ولا تؤكل ذبيحته. ينظر: عيون المسائل (٢/ ٩٠٣) رقم (١٥٣٦). والدراية (٢/ ١٧٣). وفي فتح القديرلا تؤكل ذبيحته إنما أراد به المجوسي. ينظر: شرح فتح القدير (٦/ ٤٥).

(٣) الخصي: مقطوع الخصيتين والخصيتان البيضتان والخصيان الجلدتان التي فيها البيضتان. ينظر: أنيس الفقهاء (١/ ١٦٦). ولسان العرب (١٤/ ٢٢٩وما بعدها).

(٤) في (ب، ج): (وأما).

(٥) في (د، هـ): (وهؤلاء).

(٦) في (د): (الطلم).

(٧) في (و): (منهم). وعن أبي يوسف: أن الفاسق إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروة تقبل شهادته؛ لأنه لايستأجر لوجاهته ويمتنع عن الذب لمروءته. ينظر: الهداية (٣/ ١١٧).

(٨) في (هـ): (ولعمه).

(٩) في (د، هـ): (فأما).

(١٠) في (هـ): (الذي) بدل (إذا).

(١١) في (هـ): (عمي).

(١٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٤٠١). ومختصر الطحاوي (ص٣٣٢).

(١٣) في (هـ): (فهو).

(١٤) في (ب، جـ) (أما).

(١٥) ينظر: الأم (٦/ ٢٠٩). والسنن المأثورة (١/ ٣٤٦).

وفرعه وزوجته وعرسه) خلافاً للشافعي [١] في الزوجين[٢] **(وسيد لقنه[٣] ومكاتبه وشريكه فيما يشتركانه)** إنما قال هذا؛ لأنه تقبل الشريك في غير مال الشركة وأجيره قيل المراد به[٤] التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وقيل يراد الأجير مسانهة أو مشاهرة [هـ٢٧٦]. **(ومخنث)**[٥] مراده المخنث في الرديء من الأفعال؛ لأنه فاسق فأما الذي في كلامه لين وفي أعضائه تكسر خلقة فهو مقبول الشهادة .**(ونائحة[٦] ومغنية ومدمن الشرب)** يعني الشرب الأشربة المحرمة مطلقاً **(على اللهو)** لم يشترط الخصاف في شرب الخمر الإدمان ووجه[٧] أن نفس شرب الخمر يوجب الحد فيوجب لا الشهادة وشرط في شهادات[٨] الأصل الإدمان[٩] لا لأنه إذا شرب في السر لا يسقط عدالته لأن الإدمان أمر آخر وراء الاعلان بل؛ لأن شرب الخمر ليس بكبيرة فلا يسقط [أ١١٣و] العدالة إلا بالإصرار عليه وذلك بالإدمان[١٠]، قال في "الفتاوى الصغرى" [و١٤٣و] ولا يسقط عدالةَ شارب الخمر بنفس الشرب لأن هذا الحدث ما ثبت بنص قاطع إلا إذا داوم على ذلك انتهى وقيد اللهو احتراز[١١] عن [إدمان الشرب][١٢] للتداوي[١٣] فإنه لا تسقط[١٤] العدالة؛ لأن فيه للاجتهاد ومسانحاً .**(ومن يلعب بالطيور و[١٥]الطنبور أو يغني للناس)** وإنما قال للناس، أي يسمعهم؛ لأنه لو كان لاسماع نفسه حتى يزيل الوحشة عن[١٦] نفسه من غير أن يسمع غيره فلا بأس به ولا يسقط عدالته في الصحيح .**(أو يرتكب ما يحد به)** ينبغي أن يستثني منه شرب الخمر

---

(١) ينظر: إغاثة الطالبين (٤/ ٢٨٨).
(٢) في (أ، د، هـ): (في الاخيرين).
(٣) في (هـ): (تعنه).
(٤) (به): لم ترد في (ب، ج).
(٥) في (أ): (ويحنث). والمخنث: هو الذي في كلامه لين وتكسر ومراده إذا كان يتعمد ذلك تشبهاً بالنساء، وفي عرف الناس هو الذي يباشر الرديء من الافعال ويلين كلامه عمداً. ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٢٢٠).
(٦) في (هـ): (وناحية). والنائحة: هي التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذته مكسباً. ينظر: الدرر (ص٣٨٠).
(٧) في (أ): (ووفيه). وفي (ج): (ووجهة).
(٨) في (ج، و): (شهادة).
(٩) (الإدمان): لم ترد في (أ، ب).
(١٠) (بالإدمان): لم ترد في (ب)، وبدلها: (باعارة). قال الإمام السرخسي ﷺ: شرط مع ذلك أن يظهر ذلك للناس أو يخرج سكران فيسخر منه الصبيان. ينظر: المبسوط (١٦/ ١٣١).
(١١) في (أ، د، هـ): (للاحراز).
(١٢) ما بين القوسين، لم ترد في (أ، د، هـ).
(١٣) في (أ): (من التداوي للتداوي).
(١٤) في (د): (لا سقط).
(١٥) في (ج، د، هـ): (أو).
(١٦) في (ب، ج، د): (من).

إلا إنه اعتمد[١] على ما ذكر قبل[٢] هذا .**(أو يدخل الحمام بلا إزار أو يأكل الربا)** شرط في "المبسوط"[٣] الشهرة بذلك، وفي "فتاوى الصغرى" الإدمان والشهرة .**(أو يقامر بالشطرنج أو يفوت[٤] الصلاة به أو يلعب بالنرد)** مجرد اللعب بالشطرنج ليس بفسق؛ لأن الاجتهاد فيه مساغاً بخلاف النرد، قال في الذخيرة: من يلعب بالنرد فهو مردود [ج٥٣و] [ب٥٧و] الشهادة على كل حال .**(أو يبول[٥] على الطريق، أو يأكل فيه، أو يظهر سب السلف)** يعني الصالحين منهم ومنهم الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين والتابعون والعلماء والمجتهدون كأبي حنيفة وأصحابه رضوان الله عليهم .**(ولو شهد[٦] ابنان أن الأب أوصى إلى زيد)** أي جعله وصياً على التركة وهو يدعيه [د١٧٢و]. **(صحت الشهادة)** وإنما شرط الدعوى؛ لأنه لو أنكر لا تقبل الشهادة. **(كشهادة[٧] دايني الميت ومديونه والموصى لهما ووصية على الإيصاء)** أي صحت[٨] شهادة هؤلاء إذا ادعى زيد أنه وصي .**(وإن شهد أن أباهما الغائب وكله[٩] بقبض دينه وادعى الوكيل أو جحد ردت)** لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت بشهادتهما ولا يمكن ثبوتها بهما لمكان التهمة بخلاف الإيصاء؛ لأن للقاضي ولاية نصب الوصي إذا كان طالباً والموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا أن يثبت بها شيء فصار كالقرعة .**(كالشهادة على جرح مجرد وهو ما يفسق الشاهد ولا يوجب حقاً للشرع أو العبد مثل هو فاسق أو أكل الربا أو أنه استأجرهم)** إنما لا تقبل البينة على الجرح المجرد؛ لأنه لا يدخل تحت الحكم والبينة إنما تقبل على ما يدخل تحت الحكم وفي وسع القاضي إلزامه وهذا لا يختلف يكون[١٠] مثل إقامة البينة على العدالة وكونه بعدها فإن[١١] قلت أليس الخبر عن فسق[١٢] [هـ٢٧٧] الشهود قيل إقامة البينة على عدالتهم يمنع القاضي عن قبول شهادتهم

---

(١) في (و): (إذا عهد).
(٢) في (هـ): (ما قيل قبل).
(٣) ينظر: المبسوط (١٦/ ١٣١).
(٤) في (ب، ج، د، و): (أو يفوت).
(٥) في (و): (أو يقوم).
(٦) في (هـ): (وشهد).
(٧) (كشهادة): لم ترد في (هـ).
(٨) في (ب، ج، و): (صحت).
(٩) في (هـ): (قد وكل).
(١٠) في (و): (فيكون).
(١١) في (و): (سواء).
(١٢) (فسق): مكرر في (هـ).

والحكم بها[١] قلت: نعم، لكن ذلك الطعن[٢] في[٣] لحد التهم لا لثبوت أمر[٤] يسقطهم عن قول خبر القبول ولذلك لو عدلوا بعد هذا تقبل شهادتهم ولو كان[٥] الشهادة على أنفسهم مقبولة لسقوط[٦] من خبر الشهادة ولم يبق لهم مجال التعديل. (**وتقبل[٧] على إقرار المدعي بفسقهم**) لأن الإقرار يدخل تحت الحكم .(**وعلى أنهم عبيد أو محدودون في قذف أو قذفوا فلاناً وهو يدعيه أو شربوا خمراً ولم يتقادم**) قال في "الكافي": لا تقبل الشهادة [و١٤٤ظ] على أنهم شربوا الخمر وتقبل على أنهم شربوا ولم يتقادم .(**أو شركاء المدعي أو أنه استأجرهم بكذا لها[٨] وأعطاهم ذلك مما كان لي عنده أو أني صالحتهم[٩] على كذا ودفعته إليهم على أن لا يشهد عليّ وشهدوا**) فإن[١٠] هذه الصور يوجب الجرح حقاً للشرع [ب٥٨ظ] أو العبد[١١] على الشهود فيدخل تحت حكم القاضي فتقبل .(**ولو شهد عدل ولم يبرح حتى قال: أوهمت بعض شهادتي[١٢] قبُل**) يعني قوله: أوهمت أخطأت بنسيان ما كان بحق على ذكره أو بزيادة كانت باطلة وإن قال ذلك بعدما زال[١٣] عن المجلس[١٤] لا تقبل شهادته هذا إذا كان موضع [د١٧٣ظ] شبهة[١٥] وإن لم يكن موضع شبهة فلا بأس بإعادة الكلام قبل أن يدع لفظ الشهادة أو اسم المدعي والمدعى عليه [ج٥٤ظ] ونحو ذلك وإن زال عن المجلس بعد أن يكون عدلاً مأموناً.

[باب الاختلاف في الشهادة]

(وشرط موافقة الشهادة الدعوى معنى والموافقة [أ١١٤ظ] بين الشهادتين لفظاً

---

(١) (بها): لم ترد في (هـ).
(٢) في (ب، ج): (للطعن).
(٣) (في) لم ترد في (ب، ج).
(٤) في (ب، ج): (امره).
(٥) في (هـ): (كانت).
(٦) في (د): (لسقطها).
(٧) في (و): (القبول).
(٨) في (د): (لهما). ولم ترد في (هـ).
(٩) في (هـ): (صالحهم).
(١٠) في (هـ): (في).
(١١) في (أ، ب، ج): (وللعبد). ولم ترد (في (هـ): وبدلها (أو الأصل).
(١٢) في (هـ): (شهادته).
(١٣) أوهمت بعض شهادتي لم يضرها أطلق في الجامع الصغير والمحيط إنه إذا لم يبرح عن مكانه جاز ذلك إذا كان عدلاً ولم يشترط عدم المناقضة وانه شرط حسن. ينظر: الدرر (ص٣٨٣).
(١٤) في (ب): (مجلس).
(١٥) في (ب): (الشبهة).

ومعنى أيضاً) عنده، [وقالا[١]][٢] يكفي[٣] الموافقة المعنوية في الثاني أيضاً. **(فترد[٤] أن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين أو طلقة وطلقتين)** وعندهما: تقبل على الأقل إذا ادعى المدعي[٥] الأكثر لا في العكس لتكذيب المدعي شاهد الأكثر[٦]. **(وقبلت على الألف في بألف وألف ومائة إن ادعى الأكثر)** إنما قال هذا؛ لأنه ادعى الأقل بأن قال لم يكن إلا الألف أو سكت عن دعوى المئة الزائدة لم تقبل شهادته مثبت الزيادة وأما إن قال كان أصل حقي ألف ومئة لكن استوفيت المائة أو ابرأته عنها قبلت للتوفيق .**(كطلقة وطلقة وبعض)** فإن الشهادة مقبولة اتفاقاً[٧] على الألف و[٨]على الطلقة لفظاً ومعنى من اتفاق الشهادتين لفظاً تطابق لفظهما على إفادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن فالفرق[٩] بين الصورة المردودة والمقبولة[١٠] ظاهر ووجهه باهر .**(ولو شهدا بألف قرضاً كان أو ثمن متاع وزاد أحدهما قضى كذا قبلت بألف ورد له قضى كذا)** لأن شهادة الفرق[١١] غير مقبولة .**(إلا إذا شهد معه آخر ولا يشهد من عليه)**[١٢] أي يجب عليه أن لا يشهد .**(حتى يقر المدعي)**[١٣] وعند تقرير الدعوى بما قبض كيلاً يصير معيناً على الظلم، وذكر "الطحاوي"[١٤][١٥] عن بعض أصحابنا[١٦] أنه[١٧] لا تقبل وهو قول زفر؛ لأن المدعي أكذب شهاد القضاء قلنا هذا أكذب في غير المشهود به [هـ٢٧٨] الأول ومثله لا يمنع القبول .**(ولو شهدا بقتل زيد بمكة وآخران بقتله**

---

(١) في (ب، ج): (وقال).
(٢) ما بين قوسين، لم ترد في (هـ).
(٣) في (ب، ج): (لا يكفي). وفي (و): (اكتفى).
(٤) في (هـ، و): (فيزد).
(٥) (المدعي): لم ترد في (ب، ج).
(٦) ينظر: الاختيار (٢/ ٤١٨).
(٧) في (د، هـ، و): (اتفاق للاتفاق).
(٨) (الواو): لم ترد في (ج، د، هـ، و).
(٩) في (ب، ج) : (والفرق).
(١٠) في (هـ): (المقبولة والمردودة).
(١١) في (ب، هـ، و): (الفرق).
(١٢) في (أ، د): (من علمه).
(١٣) في (د، هـ): (حتى يقرأ المدعي ولو شهد بألف قرضاً وثمن متاعاً وزاد أحدهما قضى كذا قبلت بألف رد قوله قضى كذا). لأن شهادة الرد غير مقبولة.
(١٤) في (ب، ج): (الحجازي).
(١٥) ينظر: مختصر الطحاوي (ص٣٤٣). والهداية (٣/ ١٢٦). وفي مختصر الطحاوي روى أبي يوسف أنه قال لا تقبل شهادة الشاهد الذي شهد على القضاء لأنه شهد على أن لا شيء للمدعي على المدعى عليه مما يطالبه به وبه نأخذ.
(١٦) (أصحابنا): لم ترد في (ب، د، هـ، و).
(١٧) في (ب، ج، د، هـ): (أن).

بكوفة ردتا) لأن إحداهما كاذبة بيقين ولا رجحان .**(وإن قضى بأحداهما ثم قامت الأخرى ردت هي)** لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها .**(ولو شهدا بسرقة بقرة واختلفا**[١] **في لونها قطع ولو اختلفا في الذكورة لا)** [ب٥٨و] وعندهما[٢] لا قطع في الوجهين لهما : أنهما اختلفا في المشهود به فيمتنع به القبول وله : أن التوفيق ممكن؛ لأن التحمل في الليالي من بعيد[٣] واللونان [و١٤٤و] يتشابهان أو يجتمعان فيكون السواد من جانب وهذا ببصره والبياض من جانب آخر والآخر يشاهده ويرد عليه أنه [د١٧٣و] احتيال[٤] في إيجاب الحد والأصل خلاف ذلك وما قيل في وقعه "أنه صيانة للحجة[٥]" عن التعطيل وإنما يجب إلى ضرورة ضعيف كما لا يخفى ولو قيل يثبت المال لإمكان التوفيق ويسقط الحد لمكان الشبهة لكان أوفق للوصول[٦] وأقرب إلى المعقول[٧] **(ولو شهد بشراء عبد أو كاتبته بألف وآخر بألف ومئة**[٨] **ردت)** لأن العقد يختلف باختلاف البدل فيكون على كل واحد[٩] شهادة[١٠] فرد[١١] فلا تقبل .**(وكذا عتق بمال وصلح عن قود، وخلع، ورهن إن ادعى** [ج٥٤و] **العبد والقائل والعرس والراهن)** لأن المقصود هو العقود[١٢] وهو مختلف .**(وإن**[١٣] **ادعى الآخر فهو كدعوى الدين في وجوهها)** لأنه ثبت العتق والعقد والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن وإن كان المدعي هو الراهن لا تقبل؛ لأنه لا حظ له في الرهن فعربت الشهادة عن الدعوى وإن كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين فإن قلت: نعم، بقي الدعوى في الدين لكن في ضمن العقد فيختلف باختلافه قلت: إنما يعتبر الحصول في ضمن العقد إذا كان دعوى[١٤] مقصوداً وقد عرفت أنه غير مقصود فإذا لم يعتبر الاختلاف الناشئ[١٥] منه .**(والإجارة كالبيع في أول المدة)** إذ المقصود حينئذٍ

---

(١) في (هـ): (واختلف).

(٢) ينظر: الهداية والاختيار (٢/٤١٨).

(٣) في (ب): (يعيد).

(٤) في (ب، ج، هـ): (احتال).

(٥) في (و): (أنه حجة).

(٦) في (ب، ج): (إلى الوصول).

(٧) في (و): (القبول).

(٨) (ومئة): لم ترد في (و).

(٩) في (ب، ج، د): (واحدة).

(١٠) (شهادة): لم ترد في (ب، ج).

(١١) في (ب، ج): (فيرد)

(١٢) في (ب، جـ) (والعقد).

(١٣) في (هـ): (فإن).

(١٤) في (أ، ب، ج) (دعوى العقد).

(١٥) في (ب): (الثاني).

هو[١] العقد .**(وكالدين بعدها)** لأن الدعوى حينئذٍ يكون من الآجر وهو يدعى الأجرة فيكون كدعوى الدين .**(وصح النكاح بألف)** يعني بأقل المالين[٢] سواء كان الدعوى من الزوج[٣] والزوجة وسواء ادعى الأقل أو أكثر في الصحيح. **(استحساناً وقالا [أ١١٤و] فيه أيضاً)** وهو القياس؛ لأن المقصود هو العقد من الجانبين فصار كالبيع. وجه الاستحسان: أن المال في النكاح تبع والأصل فيه الحل والازدواج والملك ومن حكم التبع أن لا يغير الأصل ولهذا لا يبطل بنفسه ولا يفسد بفساده وكذا[٤] لا يختلف باختلافه فبقي العقد سالماً عن الاختلاف فلزم وما وقع فيه الاختلاف وهو المال يقضي بالأقل منهما كما في الدين .**(ولابد لشاهد الإرث [ب٥٩ظ] من الجزم بقوله مات وترك ميراثاً له أو الشهادة[٥] بأنه مات وذا ملكه أو في يده أو يد من يقوم مقامه)**[٦] من المستعير وغيره خلافاً لأبي يوسف فإنه لا [هـ٢٧٩] يشترط الجزم وما لا يقوم مقامه [ولا حاجة إلى أن يقال بلا جزم لانفهامه مما تقدم][٧] [فإن مات كان[٨] لأبيه إعارة أو أودعه [د١٧٤ظ] من يده جاز][٩] تفريع على قوله أو يد يقوم مقامه ولا حاجة إلى أن يقال بلا جزم لانفهامه مما تقدم .**(ولو شهدا بيد حي منذ كذا ردت)** أي شهد أنه كان في يد المدعي [منذ شهر والحال أنه ليس في يد المدعي][١٠] عند الدعوى لا تقبل [و١٤٥ظ]؛ لأن الشهادة قامت [بمجهول فإن اليد متنوعة إلى ملك وامانة وضمان فلا يمكن القضاء][١١] بالمجهول[١٢]، وعن أبي يوسف إنها تقبل[١٣] **(فإن[١٤] أقر**

---

(١) (هو): لم ترد في (د، هـ).

(٢) في (ب) (المين).

(٣) في (و) (أو من الزوجة).

(٤) في (و) (فكذا).

(٥) في (هـ، و): (والشهادة).

(٦) في (هـ) (يقوم مقامه فإن قال كل أبرأ عاره).

(٧) ما بين القوسين لم ترد في (أند، هـ).

(٨) في (د) (فإن قال لأبيه).

(٩) ما بين القوسين لم ترد في (ب).

(١٠) ما بين القوسين لم ترد في (ب).

(١١) ما بين القوسين لم ترد في (و).

(١٢) في (و) (لمجهول).

(١٣) لأن الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم، ولو اقر المدعى عليه به دفعت إلى المدعى اتفاقا، ولهما : إن كانت يده ملك أو ديعة، أو اجارة، أو غصب فلا يحكم باعادتها بالشك، الا أن يقولا أي الشاهدان وانه، أي المدعى عليه أحدث اليد فيه فيقضى له، أي للمدعي باليد ويامر، أي المدعى عليه بالتسليم اليه، أي المدعى لا يصير أي المدعى عليه به بزوال اليد عنه مقضيا عليه حتى لو برهن، أي المدعى عليه بعده على إنه ملكه تقبل. ينظر: الدرر (٢/ ٣٨٨).

(١٤) في (ب، ج) (إن).

المدعى عليه بذلك أو شهدا أنه أقر بيد المدعي صح)[١] لأن المشهود به ها هنا هو الإقرار وهو معلوم وجهالة المقر به لا يمنع صحة الإقرار[٢] **(وتقبل الشهادة على الشهادة إلا في حد وقود)** وكتاب القاضي[٣] ذكره في "الخزانة" .**(وشرط لها تعذر حضور الأصل** [ج٥٥ظ] **بموت أو مرض أو سفر)** وعن أبي يوسف يكتفي بغيبته بحيث يتعذر أن يبيت بأهله .**(وشهادة عدد عن كل أصل لا تغاير فرعي هذا وذاك)** رجلان شهدا على شهادة رجل ثم شهد هذان بعينهما على شهادة أصل آخر في هذه الحادثة تقبل عندنا خلافاً للشافعي ﷺ[٤] .**([يقول الأصل]**[٥] **أشهد على شهادتي أني [أشهد بكذا والفرع])**[٦] أي يقول الفرع .**(أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته**[٧] **بكذا وقال لي أشهد على شهادتي بكذا)**[٨] وبعض المشايخ طولوا وزادوا على هذا والأحسن الأقصر قول أبي جعفر الطحاوي : [أن[٩][١٠] يقول الأصل: أشهد على شهادتي بكذا][١١] ويقول[١٢] الفرع: أشهد على شهادة[١٣] فلان بكذا من غير احتياج إلى ذكر زيادة وعليه فتوى[١٤] الإمام السرخسي .**(وإن عدل الفرع أصله كأحد الشاهدين للآخر وإن سكت عنه نظر القاضي في حاله)** فإن[١٥] ثبت عدالته قبل شهادة فرعه هذا عند أبي يوسف، وقال محمد[١٦] : لا تقبل لأنه لا شهادة[١٧] إلا بالعدالة فإذا[١٨] لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولأبي يوسف: أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل؛ لأنه قد يخفى عليهم وإذا نقلوا يتعرف[١٩] القاضي لعدالة كما إذا أحضروا بأنفسهم وشهدوا .**(وإن أنكر الأصل شهادته بطل شهادة فرعه ولو شهدا عن اثنين على فلانة ثبت الفلان الفلاني**

---

(١) أو أقر بملكه، أو شهد إنه أي المدعى عليه أخذه من يده أي المدعي دفع إلى المدعى. ينظر: الدرر (٢/ ٣٨٨).

(٢) (الإقرار) لم ترد في (ب،ج) .

(٣) في (د) (كتاب القاضي إلى القاضي).

(٤) ينظر : تنبيه (١/ ٧٢٧)، والمهذب (٢/ ٣٣٧).

(٥) ما بين القوسين، لم ترد في (ب).

(٦) ما بين القوسين، لم ترد (في (هـ).

(٧) في (ب، ج): (شهادتي).

(٨) في (د، هـ، و): (بذلك).

(٩) في (د، هـ): (وهو أن).

(١٠) ينظر: مختصر الطحاوي (ص٣٣٦).

(١١) ما بين القوسين، لم ترد في (و).

(١٢) في (و): (وهو أن يقول).

(١٣) في (هـ): (شهادتي).

(١٤) في (ب، ج): (الفتوى).

(١٥) في (و): (وان).

(١٦) ينظر: الهداية (٢/ ٣/ ١٢٩).

(١٧) في (ب، ج): (لا تقبل الشهادة).

(١٨) في (و): (واذا).

(١٩) في (جـ): (يعترض).

وقالا: أجزانا بمعرفتها وجاء المدعي بامرأة لم يدريا إنها هي أم لا قيل له هات شاهدين على إنها فلانة) لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة وقد تحققت والمدعي يدعي [ب٥٩و] الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من [د١٧٤و] تعريفها بتلك النسبة .**(وكذا الكتاب الحكمي)** لأنه في معنى الشهادة على الشهادة إلا أن القاضي لكمال[١] ديانته ووفور[٢] ولايته يتفرد بالنقل فإذا جاء كتاب القاضي إلى القاضي قيل للمدعي هات شاهدين أن هذا هو المشهود عليه .**(وإن قالا فيهما)** أي في الشهادة[٣] والكتاب الحكمي[٤] **(المضرية لم يجز بل لا بد من النسبة إلى فخذها)** وهي القبيلة الخاصة يعني عند عدم ذكر الجد وهذا؛ لأن التعريف [هـ٢٨٠] لابد منه في هذا ولا يتحصل بالنسبة إلى العامة [أ١١٥ظ]؛ لأنهم قوم لا يحضون ولا يحصل بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة .**(أو السكة الصغيرة)** لأنها أيضاً خاصة ثم التعريف وإن كان تمامه بذكر الحد[٥] عند أبي حنيفة ، ومحمد خلافاً لأبي يوسف على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد وكذا ذكر السكة الصغيرة، وفي العجم ذكر الصناعة بمنزلة الفخذ؛ لأنهم ضيعوا [و١٤٥و] أنسابهم .**(ومن أقر)** ولم يدّع سهواً أو غلطاً فإن قال غلطت أو أخطأت لا يعزر[٦]؛ لأن العقوبات لا تجري[٧] على الساهي والمخطئ من الحقائق .**(أنه شهد زور اشتهر ولم يعزر)**[٨] اتفقوا أن[٩] شاهد[١٠] الزور يعزر؛ لأنه ارتكب كبيرة ليس فيها حد معين[١١]، غير أنهم اختلفوا في تعزيره فقال أبو حنيفة في المشهور أنه يطاف[١٢] ويشهر[١٣]

---

(١) في (ب، جـ) (للكمال).
(٢) في (ب، جـ) (ووجود).
(٣) في (ب، جـ) (على الشهادة في الكتاب الحكمي) .
(٤) الكتاب الحكمي: يعني أن القاضي إذا كتب إلى قاضٍ آخر أن فلاناً وفلاناً شهدا عندي بكذا من المال عن فلانة ثبت فلان الفلانية وأحضر المدعي المرأة عند القاضي المكتوب إليه وأنكرت المرأة أن تكون هي المنسوبة بتلك النسبة فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان أنها هي المنسوبة بتلك النسبة. ينظر: الدرر (ص٣٩٠).
(٥) في (هـ) (الجد).
(٦) في (أ، هـ، و) (لا يغدر).
(٧) في (د، و) (لايجري).
(٨) وشاهد الزور عندنا يقر على نفسه بالكذب معتمدا أو يشهد بقتل شخص أو موته، ثم جاء المشهود لقتله أو بموته حيا لتيقنا بكذبهم، فان قال: غلطت، أو نسيت، أو اخطأت أو ردت شهادته لتهمة أو المخالفة بين الشاهد والدعوى أو بين شهادتين فانه لا يعزر. ينظر: تبيين الحقائق (٢٤٢/٤).
(٩) في (و) (على ان).
(١٠) في (و) (والشاهد).
(١١) في (و) (عين).
(١٢) في (ب، جـ) (يطابق).
(١٣) في (ب، جـ) (ويشتهر).

ويعزر[١] ولا يضرب[٢]. وقالا: يعزر بالضرب، وهل يشهر على قولهما؟ وقيل[٣] ولا يسخم وجهه أي لا يسود من "الحقائق"[٤]، إنما وضع المسألة في الإقرار؛ لأن ما علل أبو حنيفة في نفي التعزير إنما يتمشى فيه وهو على ما ذكره قاضي خان في شرح "الجامع الصغير" هنا؛ لأنه[٥] لما أقر بالشهادة الباطلة طائعاً فقد تاب عمل فعل الظاهر أنه لا يعود فلا يعزر لزجره[٦]، وفيه منع الغير عن الرجوع عن الشهادة الباطلة ومن غفل عن هذا قال: وإنما وضع المسألة في الإقرار؛ لأن شهادة الزور لا طريق إلى عملها سوى الإقرار وأما الاعتراض عليه[٧] بأنه قد يعلم بدونه، كما إذاشهد بموت زيد[٨] أو بأن فلاناً[٩] قتله ثم ظهر زيد حياً، وكذا إذا شهد برؤية[١٠] الهلال فمضى[١١] ثلاثون يوماً وليس في السماء علة فلم ير الهلال فليس بشيء؛ لأن الشهادة بالموت يجوز بالتسامح، وكذا بالسب فيجوز أن يقول: رأيت مقتولاً وسمعت الناس [ب٦٠ظ] يقولون أنه زيد، وأما الشهادة على [د١٧٥ظ] رؤية الهلال فالأمر فيه أوسع.

---

(١) (ويعزر) لم ترد في (أ،هـ).

(٢) ما روي أن شريحاً كان يشهر شاهد الزور، قال محمد في كتاب الآثار: أخبرنا أبو حنيفة عن الهيثم بن أبي الهيثم عن شريح: أنه كان إذا أخذ شاهد زور فإن كان من أهل السوق قال للرسول قل لهم أن شريحاً يقرئكم السلام ويقول لكم إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وإن كان من العرب أرسل به إلى مسجد قومه أجمع ما كانوا فقال للرسول مثل ما قال في المرة الأولى وأقر به عبد الرزاق في مصنفه قال: أخبرنا الثوري عن الجعد بن ذكوان قال: أتى شريح بشاهد زور فنزع عمامته وخفقه خفقتان بالدرة وبعث به إلى المسجد يعرفه الناس. وعن معمر عن أيوب عن ابن سيرين: أن شريحاً أقام شاهد الزور على مكان مرتفع. ينظر: السنن الكبرى للبيهقي (١٠/ ١٤٢). ومصنف عبدالرزاق (٨/ ٣٢٦). ونصب الراية (٤/ ٨٨). والدراية (٢/ ١٧٣). وقولهما: سعيد بن منصور بن حجاج بن أرطاه عن مكحول أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى عماله في الزور بجلد أربعين سوطاً ويسخم وجهه ويحلق رأسه ويطاف حبسه. وفي رواية الأصوص بن حكيم: أن يسخم وجهه وتلقى عمامته في عنقه ويطاف به القبائل. ينظر: سنن البيهقي (١/ ١٤٢). ومصنف ابن أبي شيبة (٥/ ٥٢٦). ونصب الراية (٤/ ٨٨). والهداية (٢/ ١٧٣). ومصنف عبد الرزاق (٨/ ٣٢٦) وغيرها.

(٣) في (ب،ج): (قيل مكرر).

(٤) ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٢٤٢).

(٥) في (أ، هـ، و): (وهذا).

(٦) في (و) (بزجره).

(٧) (عليه) لم ترد في (و).

(٨) في (هـ) (عمر بن زيد).

(٩) (فلانا) لم ترد في (هـ).

(١٠) (برؤية) لم ترد في (هـ).

(١١) في (أ) (قضى).

فصل [الرجوع عن الشهادة]

(لا رجوع عنها إلا عند قاضٍ، فإن رجعا عنها قبل الحكم بها سقطت) أي الشهادة .**(ولم يضمنا بعده لم يفسخ)** أي الحكم .**(وضمنا ما أتلفاه بها[1] إذا قبض مدعاه ديناً كان أو عيناً)** إنما قال: إذا قبض لتوقف الضمان عليه، وعند الشافعي رضي الله عنه[2]: لا ضمان على الشهود إذا رجعوا إذ لا عبرة للتسبب[3] عند وجود المباشرة، قلنا: تعذر تضمين المباشرة؛ لأنه كالمجلاء فيعتبر للتسبب[4][5] **(فإن رجع أحدهما ضمن نصفاً والعبرة للباقي ولا للراجع فإن رجع أحد ثلاثة شهدوا لم يضمن)** لبقاء نصاب الشهادة [وان رجع آخر ضمنا نصفاً لبقاء نصف نصاب الشهادة][6] **(وإن رجعت امرأة في رجل وامرأتين ضمنت ربعاً، وإن رجعتا ضمنتا نصفاً وإن رجعت ثمان في رجل وعشر[7] نسوة فلا غرم، وإن رجعت أخرى ضمنت التسع[8] ربعاً)** لبقاء ثلاثة أرباع النصاب .**(وإن رجع الكل فعلى الرجل سدس عنده ونصف عندهما وما بقي عليهن على القولين)** له أن كل امرأتين مع الرجل يقوم مقام رجل واحد، ولهما: أن الرجل الواحد نصف النصاب فالنساء وإن كثرت[9] يضمن مقام رجل واحد. [**(وإن رجعن فقط فنصف إجماعاً)** لبقاء نصف النصاب وهو الرجل الواحد][10]. وغرم رجلان شهدا مع امرأة ثم رجعوا [ج٥٦ظ] إلا هي لأنه لم يثبت[11] بشهادتها شيء .**(ولا يضمن راجع في مهر شهد عليه أو عليها)** [و١٤٦ظ] يعني سواء كان المدعي زوجاً أو زوجة .**(إلا ما زاد على مهر مثلها)** أما عدم الضمان في صورة المساواة فلأنه إتلاف بعوض إذ منافع البضع متقومة حال الدخول، وأما عدمه في صورة النقصان فلأنها غير متقومة عند الإتلاف وأما الضمان في الصورة فلأنهما أتلفاها في غير عوض وهذا إذا كانت هي المدعية للنكاح وهو ينكر ولذلك

---

(١) (بها) لم ترد في (ب).

(٢) ينظر: الأم (٧/ ٥٤) والمهذب (٢/ ٣٤٠) والتنبيه (١/ ٢٧٣).

(٣) في (ب) (للسبب).

(٤) في (ب) (للسبب).

(٥) قلنا: لايمكن ايجاب الضمان على القاضي، وإن حصل الإتلاف بقضاءه؛ لأنه بمنزلة الملجأ من جهتهما إلى القضاء فأن بعد ظهور عدالتهما وجب عليه القضاء شرعا حتى لو امتنع منه يأثم، ويعزر، ولو أوجبنا الضمان عليه يمتنع الناس عن اقامته، ولا يمكن استيفاؤه من المدعى؛ لأن الحكم ماضٍ وتسليط المشهود له على مال المشهود عليه لقضاء وسببه شهادة الشهود فأضفنا الحكم إلى أصل السبب.

(٦) ما بين قوسين لم ترد في (أ، هـ).

(٧) في (هـ، و): (وعشرة).

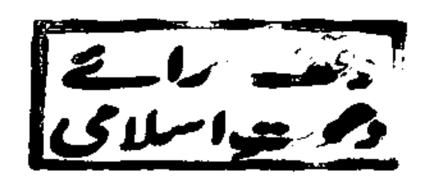
(٨) في (و): (السبع).

(٩) في (هـ) (فان كثرت).

(١٠) ما بين قوسين لم ترد في (هـ).

(١١) في (د، هـ) (لا يثبت).

قال .(**والدعوى**[١] **منها**) لأنهما أتلفا على الزوج قدر الزيادة بلا عوض .(**وفي بيع إلا ما نقص عن قيمة البيع إن كانت**) أي[٢] الشهادة .(**على البائع**) لأنهما أتلفا قدر النقصان عليه ولا ضمان فيهما إذا كانت الشهادة على المشتري إذ حينئذٍ يكون النقصان برضا البائع ولذلك قال إن كانت على البائع .(**وما زاد عليها إن كانت على المشتري**) لأنهما أتلفا قدر الزيادة عليه ولا ضمان فيهما إذا كانت الشهادة على البائع [ب٦٠و] إذ حينئذٍ [د١٧٥و] يكون الشهادة برضا المشتري، وفي طلاق قبل الدخول [لأن المهر تأكد بالدخول ؛ بأن شهادتهما فلا إتلاف][٣] (**إلا نصف مهرها**) إنما قال قبل الدخول لا شهادتهما فلا إتلاف .(**وضمن في العتق القيمة وفي القصاص الدية**) وعند الشافعي يقتص .(**وضمن الفرع**[٤] **بالرجوع لأصله بقوله ما أشهدته على شهادتي أو أشهدته وغلطت**) وفي الأخير خلاف محمد .(**لو رجعها**) أي الأصل والفرع معاً غرم .(**الفرع فقط**) لأن القضاء وقع الشهادة، وقال محمد: إن شاء ضمن الأصل وإن شاء ضمن الفرع؛ لأن القضاء وقع بشهادة الفروع وبشهادة الأصول من وجه[٥] (**وقول الفرع كذب أصلي أو غلط فيها ليس بشيء**) يعني بعد الحكم بشهادتهم لأن ما مضى من القضاء لا ينقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم .(**وضمن المزكي بالكذب**) خلافاً لهما .(**لا شاهد الإحصان**) لأنه شرط محض فلا يضاف الحكم إليه بخلاف التزكية فإنها جعلت الشهادة شهادة، وهما قاسا للمزكي على شاهد الإحصان .(**كما ضمن شاهدا اليمين**) لا الشرط .(**إذا رجعوا**) لأنهما صاحب العلة.



(١) (والدعوى) لم ترد في (هـ).

(٢) (أي) لم ترد في (و).

(٣) ما بين القوسين لم ترد في (ب).

(٤) (الفرع) لم ترد في (هـ).

(٥) شهادة الفروع على شهادة الأصول عند محمد خلاف لهما والياء في قوله بنائبهم صلة الحكم، وعلى هذا الخلاف إذا رجع الأصول والفروع يضمن الفروع الفروع، عندهما. وعنده يخير بين تضمين الأصول وتضمين الفروع وعلى هذا قوله بنائبهم اوسع وصورة رجوع الأصول أن يقولوا شهدناكم بباطل إذ لو لم ينهاكم أصلاً فلا ضمان على الوصول بلا خلاف. ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٢٥٢).

كتاب الوكالة

(جاز التوكيل: وهو تفويض التصرف إلى غيره، وشرطه أن يملكه الموكل) اعلم: أن من شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف؛ لأن الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر عليه من قبله ومن لا يقدر[1] على شيء كيف يقدر عليه غيره وقيل: هذا على قولهما، فأما[2] على قوله فالشرط [هـ282] أن يكون التوكيل حاصلا[3] بما يملكه الوكيل فأما[4] كون الموكل مالكاً له فليس[5] بشرط حتى يجوز عنده[6] [ج56و] توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر وقيل: المراد به أن يكون مالكاً للتصرف نظراً إلى أصل[7] التصرف وإن امتنع في بعض الأشياء بعارض النهي .**(ويعقله الوكيل ويقصده)** المراد أن يعرف أن الشراء جالب للمبيع[8] وسالب للثمن والبيع على عكسه ويعرف الغبن الفاحش من اليسير [و146و] ويقصد[9] بذلك ثبوت الحكم [ز205و] أو الربح لا الهزل[10] **(فصح توكيل الحر البالغ والمأذون)**[11] عبداً كان أو صبياً .**(عاقلاً كلاً منهما)** لم يقل مثلهما؛ لأن جواز الوكالة غير مشروطة بالمثلية[12] في الحرية[13] والرق[14] **(وحبياً)** لم يقل عقله[15] لأنه شرط مفروغ[16] منه .**(وعبداً محجورين ويرجع حقوقه إلى موكلهما دونهما بكل ما يعقده بنفسه)** متعلق بقوله فصح توكيل [د176ظ] [ب60ظ] الحر[17] إلى آخره .**(وبالخصومة في كل حق ولا يلزم بلا رضاء خصمه)** خلافاً لهما والشافعي ثم قيل: الخلاف في الصحة والصحيح أنه في اللزوم حتى لا يلزم الخصم[18] الحضور في الجواب بخصومة الوكيل،

---

(1) في (هـ): (من لم يقدر).
(2) في (ب، ج): (واما).
(3) (حاصلاً): لم ترد في (هـ).
(4) في (ب، ج): (واما).
(5) في (ب، ج): (ليس).
(6) في (ب، ج): (عند أبي حنيفة).
(7) في (هـ): (أصل).
(8) في (ب، ج): (للبيع).
(9) في (و): (يقصد).
(10) في (و): (للهزل).
(11) في (ز): (ومأذون).
(12) في (أ): (بالثلثية).
(13) في (أ): (والحرية).
(14) في (هـ): (والرقبة).
(15) في (ب، ج): (يعقل).
(16) في (ب): (مفروغ).
(17) (الحر): لم ترد في (هـ).
(18) (الخصم): لم ترد في (ب، ج).

وبقولهما أخذ أبو الليث وأبو القاسم الصفار، وقال في "العتابي": وهو المختار. **(إلا بموكل**[١] **مريض لا يمكنه حضور مجلس الحاكم)** بقدميه ذكره في "الحقائق". **(أو غاب مسيرة سفر أو مريد للسفر)** إذا قال: أنا أريد السفر يلزم منه التوكيل بلا رضا[٢] خصم[٣] كذا في "الكافي". **(أو مخدرة)** [قال في "الحقائق" وكذا من المخدرة][٤]: وهي التي لا تخالط الرجال بكراً كانت أو ثيباً وعليه الفتوى، وكذا إذا علم القاضي أن الموكل عاجز عن البيان [في الخصومة][٥] بنفسه[٦] **(وبإيفاء كل حق واستيفائه إلا في استيفاء حد)** لأنه يندرء بالشبهات فلا يستوفى بحق يقوم مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كذا في "العناية"[٧]، وما قيل في حد القذف شبهة أن يصدق القاذف وفي حد السرقة شبهة أن يدعى المال دون السرقة إنما يتمشى في خلاف أبي يوسف في صحة التوكيل لإثبات حد القذف وحد السرقة والكلام[٨] [أ١١٦ظ] ها هنا في الاستيفاء بعد الثبوت فلا احتمال لما ذكر وقوله[٩] **(بغيبة موكله)** عن المجلس، وقال الشافعي[١٠]: يستوفي[١١] العقود؛ لأنه حق العبد، ولنا: أنه عقوبة فتسقط[١٢] بالشبهة وشبهة العفو ثابت في حال غيبة الموكل. **(وحقوق عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه)** يعني[١٣] الذي لا يحتاج فيه إلى إضافة إلى الموكل ويكتفي بالإضافة إلى نفسه. **(كبيع وإجارة وصلح عن إقرار يتعلق به)** أي بالوكيل، وقال الشافعي: يتعلق بالموكل[١٤] [ز٢٠٧ظ]. **(فيسلم المبيع)** في الوكالة بالبيع. **(ويقبضه)** في الوكالة بالشراء. **(وثمن مبيعه ويطالب بثمن مشرية ويخاصم في عيبه وشفعة ما بيع وهو في يده وإن سلمه إلى أمر فلا يرد بالعيب إلا بإذنه ويرجع بثمن مشتريه مستحقاً)**[١٥] أعلم أن الحقوق نوعان:

---

(١) في (ب، ج): (الموكل)

(٢) في (ب، ج): (بلا رضاء).

(٣) في (ب): (خصمه).

(٤) ما بين القوسين لم يرد في (و).

(٥) (في الخصومة): لم ترد في (ب، ج).

(٦) في (ب، ج، هـ): (لنفسه).

(٧) لأنه لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فلزم توكيلها ولو اختلفا في كونها مخدرة، إن كانت من بنات الأشراف فالقول لها بكراً كانت أو ثيباً لأنه الظاهر من حالها وإن كانت من الأوساط فالقول لها لو كانت بكراً، وإن كانت من الأسافل فلا، سواء كانت بكراً أو ثيباً، لأن الظاهر غير شاهد لها. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٢٢٤).

(٨) في (ب، ج): (والكل).

(٩) في (أ، د، هـ، ز): (وقود).

(١٠) ينظر: الشافعي البجيرمي (٤/ ٣٦٢).

(١١) في (هـ): (عن).

(١٢) في (د): (فلتسقط).

(١٣) (يعني): لم ترد في (ب، ج).

(١٤) في (أ، هـ): (الموكل).

(١٥) في (و): (مستحق).

١- حق يكون للوكيل.

٢- حق يكون على الوكيل[١].

والأول [ج٥٧ظ] كقبض المبيع، والمطالبة بالثمن للمشتري، والمخاصمة في العيب[٢]، والرجوع بثمن المستحق ففي هذا النوع للوكيل ولاية هذه الأمور ولكن لا [هـ٢٨٣] يجب[٣] عليه فإن امتنع لا يجبره الموكل عليها؛ لأنه متبرع في العمل بل يوكل الموكل لها، وإن مات الوكيل فولايتها لورثته[٤] فإن امتنعوا وكلوا موكل مورثهم، وعند الشافعي: للموكل ولاية هذه الأفعال بلا توكيل في الوكيل [د١٧٦و] أو وارثه، وفي النوع الآخر الوكيل مدعى عليه [و١٤٧ظ] فللمدعي أن يجبره على تسليم المبيع وتسليم الثمن وأخواتهما .**(ويثبت الملك للموكل ابتداء فلا يعتق قريب وكيل شراه)** قال الكرخي: "الملك بالشراء يثبت[٥] للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل ولهذا لو خالف يلزم المشتري"، وقال أبو طاهر[٦] الدباس[٧]: بل[٨] يثبت للموكل ابتداء ولهذا[٩] لو اشترى قريبه المحرم لا يعتق عليه. قال في "الهداية"[١٠]: وهو الصحيح وعلى قول الكرخي أيضاً لا يعتق قريبه لعدم تقرر ملكه .**(وحقوق عقد يضيفه إلى موكله)** مراده أنه لا يستغني عن الإضافة إلى ملك ملكه حتى لو أضافه إلى نفسه لا يصح، والمراد من قوله قريبه السابق أنه يصح إضافته إلى نفسه ويستغني عن إضافة إلى الموكل، إلا أنه شرط ولهذا لو أضاف الوكيل بالشراء الشراء إلى موكله صح بالإجماع فلفظ الإضافة واحد، والمراد مختلف .**(كنكاح وخلع وصلح عن إنكار)** هذا الصلح لا يصح إضافته إلى الوكيل بل لابد من إضافته إلى الموكل بخلاف الصلح عن إقرار فإنه يصح إضافته إلى كل منهما، وقد عرفت اختلاف المراد في الإضافة [ز٢٠٨و] في الموضعين، فافترق الصلحان في الإضافة .**(أو دم عمد وعتق على مال وكتابة وهبة وتصدق، وإعارة**

---

(١) في (و): (وحق يكون عليه).

(٢) في (أ): (الغيب).

(٣) في (أ): (ولا يجب)، ومكرر في (هـ).

(٤) في (ب، ج، هـ): (لورثتها).

(٥) في (ب، ج): (لا يثبت).

(٦) في (ب، ج): (طالب).

(٧) وهو: محمد بن سفيان، كان إمام أهل الرأي بالعراق، وكان من أهل السنة والجماعة به تخرج جماعة الأئمة، ولي القضاء بالشام سافر في آخر عمره إلى مكة المشرفة إلى أن أتاه أجله. ينظر: طبقات الفقهاء (ص٦١) والفوائد البهية (ص١٨٧).

(٨) (بل): لم ترد في (ب).

(٩) في (و، ز): (فلهذا).

(١٠) ينظر: الهداية (٣/ ١٣٧).

وإيداع ورهن، وإقراض تتعلق بالموكل لا به فلا يطالب وكيل زوج بالمهر، ولا وكيل عرس بتسليمها وببدل الخلع وللمشتري منع الثمن من موكل بائعه، فإذا رفع إليه صح ولم يطالب بائعه ثانياً).

باب الوكالة بالبيع والشراء

[فصل في الشراء]

(الأمر بشراء الطعام ينصرف على البر في دراهم كثيرة وعلى الخبز في قليلة وعلى الدقيق في متوسطة، وفي متخذ الوليمة على الخبز بكل[1] **حال)** الطعام يقع على ما يطعم لغة، إلا أن العرف خصصه مقروناً بالشراء بالأنواع الثلاثة المذكورة، وقال بعض مشايخ ما وراء النهر، الطعام في عرفنا ينصرف إلى المتهيأ[2] للأكل كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه، وقال الصدر الشهيد: وعليه الفتوى[3] **(ولا يصح بشراء**[4] **شيء فحش الجهل في جنسه كالرقيق والدابة والثوب وإن بين ثمنه)** اعلم أن الجهالة أنواع ثلاث:

١-فاحشة: وهي ما كانت [ج٥٧و] في الجنس، كما في الثوب والدابة، تمنع الوكالة وإن بيّن الثمن، لا تصح ما لم يبين النوع.

٢-ويسيرة: وهي ما كانت في النوع المحض كما في الحمار والفرس، يصح وإن [د١٧٧ظ] لم يبين الثمن.

٣-ومتوسطة[5]: وهي[6] ما يكون بين الجنس والنوع، كما في العبد والجارية، وإن بيّن الثمن أو الصفة[7] بأن قال تركياً مثلاً، صحت الوكالة [ب١٢ظ] والدار ملحقة بالجنس وفي وجه؛ [أ١١٦و] لأنها مختلفة بقلة[8] المرافق وكثرتها، فإن بين الثمن ألحقت بجهالة النوع، وإن لم يبين ألحقت بجهالة الجنس، والمتأخرون قالوا: في ديارنا لا يجوز بدون بيان المحلة؛ لأنها [هـ٢٨٤] تختلف[9] باختلافها

---

(١) في (ب، ج): (في كل).
(٢) في (ز): (المهياء).
(٣) وخواهرزاده ينظر: الدرر (٢/ ٢٨٥).
(٤) في (أ): (شراء).
(٥) (متوسط): لم ترد في (أ، ب، ج).
(٦) (وهي): لم ترد في (ب، ج).
(٧) في (ب): (الصفقة). وفي (هـ): (الصيغة).
(٨) في (و): (بعلة).
(٩) في (ب): (مختلف). وفي (هـ): (مختلفة).

وبما سمي من الثمن ذكره قاضيخان[(١)] في "شرح الجامع الصغير"[(٢)] فلا حاجة إلى أن يقال، إلا إذا ذكر نوع الدابة كالحمار أو ثمن الدار والمحلة؛ لأنه حينئذٍ يكون من النوع الثاني المذكور بقوله: **(وصح[(٣)] بشراء شيء [ز٢٠٩ظ] علم جنسه لا صفته كالشاة والبقر)** فإنهما نوعان فالجهالة فيهما[(٤)] يسيرة وفي عرفهم، وإنما قال: لا صفته، لأن الصفة مجال الموكل يصير معلومة ذكره الأقطع في" شرح القدوري" .**(وشراء شيء جهل جنسه في وجه كالعبد وذكر نوعه كالتركي، أو ثمن)**[(٥)] لأن هذه الجهالة متوسطة بين الجنس والنوع لا فاحشة ولا يسيرة، فإذا بين ثمنه علم[(٦)] من أي نوع مقصوده[(٧)]؛ لأن ثمن[(٨)] كل نوع من العبد معلوم بين الناس والتحق بجهالة النوع، ذكره في" التبيين"[(٩)]. **(وبشراء عين بدين له على وكيله)** المراد بالعين الشيء المعين .**(وفي غير عين إن هلك في يد الوكيل هلك عليه فإن قبضه أمره فهو له)** هذا عنده، وقالا: هو لازم للآمر إذا قبضه المأمور لهما أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات ديناً كانت أو عيناً، إلا يرى أنه[(١٠)] لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد، فصار الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصبح التوكيل ويلزم الأمر؛ لأن يد الوكيل كيده.

وله: إنها تتعين في الوكالات إلا يرى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها، أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط[(١١)] الدين بطلت الوكالة، وإذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بقبضه وذلك لا يجوز. وقال في "النهاية": قيد بالاستهلاك؛ لأن بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك ودون الهلاك .**(وبشراء نفس الآمر من سيده إن قال: بعني نفسي لفلان فباع)** أي إذا قال رجل: لعبد اشترِ لي نفسك من مولاك فالعبد إن قال: بعني نفسي لفلان، فباع يقع

---

(١) قاضي خان، الجامع الصغير.

(٢) في الهداية (٣/ ١٣٨) ومن قال لآخر اشتر لي ثوباً أو دابة فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة، وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الأجناس؛ لأنها تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الأعراض والخبر به والمرافق والمحال والبلدان، فيتعذر الامتثال .

(٣) في (ب، ج): (وتصح).

(٤) في (ب، ج): (فيما).

(٥) في (و): (ثمن).

(٦) في (ب، ج): (عليه).

(٧) في (و): (من العبيد مقصودة).

(٨) في (ب): (فالثمن).

(٩) في (أ): (الزيلعي). ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٢٥٩).

(١٠) (أنه): لم ترد في (أ، و).

(١١) في (هـ): (وأسقط).

على الآمر .**(وإن لم يقل لفلان**[١] **عتق)**؛ لأن المطلق سيحتمل الوجهين [ج٥٨ظ] فلا يقع امتثالاً بالشك[٢] فبقى[٣] التصرف واقعاً لنفسه[٤] **(وفي شراء نفس الآمر من سيده بألف دفع إن قال لسيده اشتريته [د١٧٧و] لنفسه فباعه عتق عليه)** أي قال عبد [ب٦٢و] لرجل اشتر لي نفسي من مولاي[٥] بألف ودفعها إليه فقال الوكيل: اشتريته لنفسه فباعه، يكون إعتاقاً على مال .**(وإن لم يقل لنفسه كان الشراء لوكيله**[٦] **وعليه)** أي المشتري .**(ثمنه والألف لسيده)** لأنه كسب عبده.**(إن قال: شريت عبداً للآمر فمات)** أي أمر رجل شراء عبد بألف فقال الوكيل: قد فعلت ومات العبد عندي .**(وقال الآمر: بل اشتريت لنفسك صدق الوكيل إن كان دفع الآمر الثمن وإلا فللآمر)**[٧] لأن في الوجه الأول: هو أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله، وفي وجه الثاني: أخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر، والقول للمنكر كذا في "الهداية"[٨]، ولا يذهب عليك أن كلا من التعليلين[٩] مخصوص بصورته .**(وله)** أي للوكيل بالشراء. **(الرجوع [هـ٢٨٥] بالثمن [و١٤٨ظ] على الآمر)** إذا فعل ما أمر به .**(دفعه إلى**[١٠] **بائعه أو لا)** مبنى المسألة على أنه يجري بين الوكيل والموكل مبادلة ملكية فيصير الوكيل بائعاً من موكله، فله مطالبه الثمن وإن لم يدفع إلى بائعه .**(وله حبس**

---

(١) في (ب، ج): (بفلان).
(٢) في (أ): (بالثلث).
(٣) في (هـ، و): (فيبقى).
(٤) (والآخر): هو الامتثال للآمر. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٣٠٠).
(٥) في (و): (على المشتري).
(٦) في (ب، ج): (مولاتي).
(٧) قال في "درر الحكام" عن "الكافي" هذه المسألة على ثمانية أوجه؛ لأنه إما أن يكون ماموراً بشراء عبد بعينه أو بغير عينه، وكل وجه على وجهين: إما أن يكون الثمن منقوداً أو لا، وكل وجه على وجهين، إما أن يكون العبد حيا حين أخبر الوكيل بالشراء أو ميتاً، فإن كان مأموراً بشراء عبد بعينه كان أخبر عن شرائه والعبد حي، فالقول للمأمور بالاجماع منقوداً كان الثمن أو غير منقود. ينظر: درر الحكام (٢/ ٢٨٦) وما بعدها. وتبيين الحقائق (٤/ ٢٦٥). وشرح الكنز للعيني (٢/ ١٠٤).
(٨) ولو كان العبد حياً حين اختلفا إن كان الثمن منقوداً فالقول للمأمور؛ لأنه أمين، وإن لم يكن منقوداً فكذلك عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأنه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه، وعن أبي حنيفة رحمه الله القول للآمر؛ لأنه موضع تهمة إن اشتراه لنفسه، فإذا أراد الصفقة خاسرة ألزمها الآمر، وإن كان أمره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقوداً أو غير منقول. ينظر: الهداية (٣/ ١٤٠).
(٩) في (ب، ج): (التعليل).
(١٠) في (ب، ج): (على).

المبيع من آمره لقبض ثمنه وإن لم يدفع) لما ذكر آنفاً وفيه خلاف[١] لزفر .**(فإن هلك في يده قبل حبسه منه هلك على الآمر ولم يسقط ثمنه)**؛ لأن يده كيد الموكل[٢] فإذا لم يحبس يصير الموكل قابضاً بيده .**(وبعد حبسه كان مضموناً)** ضمان الرهن عند أبي يوسف، وضمان المبيع عند محمد وهو قول أبي حنيفة، وضمان الغصب [أ١١٧ظ] عند زفر فإن كان الثمن مساوياً للقيمة فلا اختلاف وإن كان الثمن عشرة والقيمة خمسة عشر، فعند زفر يضمن خمسة عشر لكن يرجع الموكل على الوكيل بخمسة وعند الباقين يضمن عشرة وإن كان بالعكس فعند زفر يضمن عشرة فيطالب[٣] الخمسة من الموكل، وكذا عند أبي يوسف؛ لأن الرهان يضمن بأقل من[٤] قيمة، ومن الدين وعند محمد يكون مضموناً بالثمن وهو خمسة عشر .**(وليس[٥] للوكيل بشراء عين شراؤه لنفسه، فلو شرى بخلاف جنس ثمن مسمى أو بغير النقود)** أي لم يكن الثمن فاشترى بغير النقود .**(أو غيره بامره بغيبته وقع له)** في هذه الوجوه؛ لأنه خالف[٦] أمر الآمر .**(وبحضرته له)**؛ لأنه حضره رأيه[٧] فلم يكن مخالفاً .**(وفي غير عين هو للوكيل إلا إذا أضاف العقد إلى مال أو أطلق ونوى له)**[٨] أي قال الوكيل: اشتريت بهذا الألف وهو ملك الموكل أو أطلقه [ب٦٣ظ] لكن نوى الشراء للآمر يكون للآمر [د١٧٨ظ] [ج٥٨و]. **(ويبطل الصرف والسلم بمفارقة الوكيل دون آمره)** يعني يجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم ويبطل بما ذكر والمراد التوكيل بالإسلام دون قبول السلم؛ لأنه لا يجوز[٩] فإن الوكيل حينئذٍ[١٠] يبيع طعاماً في ذمته على أن يكون الثمن لغيره، وذا لا يجوز وإنما لا يعتبر مقارنة الأمر؛ لأنه ليس بعاقد والمستحق قبض العاقد وهو الوكيل. **(وإن قال: بعني هذا لزيد فباعه ثم أنكر الأمر)** أي أنكر المشتري أن زيداً أمره

---

(١) عند زفر، ليس له الحبس؛ لأن الموكل صار قابضاً بيده فحق الحبس يسقط وفي التنوير ولو اشتراه الوكيل ينعقد ثم أجله البائع كان للوكيل المطالبة حالاً. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٢٣١).

(٢) في (ب): (الموصل).

(٣) في (أ، ب، ج): (ويطالب).

(٤) (من): لم ترد في (ب). وفي (ج): (ومن).

(٥) (وليس): لم ترد في (ج).

(٦) في (ب، ج): (خلف). وفي (د): (يخالف). وفي (ج): (مخالف).

(٧) في (و): (برأيه).

(٨) لا يصح التوكيل بقبول السلم؛ لأنه توكيل بيع الكر بعقد السلم، وهو لا يجوز، إذ الوكيل يبيع طعاماً في ذمته على أن يكون لغيره ولا نظير له في الشرع. ينظر: الدرر (٢/ ٢٨٨).

(٩) في (أ، و): (يجوز).

(١٠) (حينئذٍ): لم ترد في (ب، ج).

بالشراء .**(أخذه زيد)** لأن قوله: بعني لزيد إقرار بتوكيله؛ لأن البيع لا يكون له إلا بأمره فلا يصدق في إنكاره .**(فإن صدقه)** أي صدق زيد المشتري أنه لم يأمره .**(لا يأخذه)** لأن إقرار المشتري ارتد[١] برده إنما قال .**(جبراً)** ؛لأن المشتري إن سلمه إلى زيد طوعاً يكون بيعاً بالتعاطي؛ لأن التسليم على وجه البيع يكفي في البيع بالتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن .**(ومن وكل بشراء منّ لحم بدرهم فشرى منوين بدرهم لزم موكله بنصف[٢] درهم)** هذا عنده، وعندهما يلزمه منوان بدرهم؛ لأن الموكل أمره بصرف الدرهم في اللحم[٣] وظنّ أن سعره [و١٤٨و] فإن اشترى[٤] به منوّين فقد زاد خيراً وله أنه أمره بشراء مَنّ، ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤه عليه وشراء[٥] الزائد على الوكيل، وإنما قال مما يباع منٌ بدرهم؛ لأنه لو اشترى لحماً لا يباع منٌ بدرهم [هـ٢٨٦] بل بأقل[٦] يكون الشراء واقعاً للوكيل بالإجماع؛ لأن الآمر أمره بشراء لحم يساوي منٌ[٧] بدرهم لا بأقل .**(فإن[٨] أمره[٩] بشراء عبدين غنيين بلا ذكر ثمن فشرى أحدهما)** إنما صح في هذه الصورة عن الآمر؛ لأن [التوكيل مطلق][١٠] لا يتفق الجمع بينهما .**(أو شرائهما بألف وقيمتهما سواء فشرى أحدهما أو بأقل صح)** عن الآمر .**(وبالأكثر لا)**[١١] [أي لا يقع عن الآمر بل يقع عن الوكيل][١٢] [**(إلا إذا شرى الآخر بباقي الثمن قبل الخصومة)**][١٣]؛ لأن المقصود حصول العبدين بألف.

وعندهما: إن اشترى أحدهما بأكثر من النصف قدر ما يتغابن الناس فيه وقد يبقى من الثمن ما يشتري به الباقي يقع عن الآمر .**(وإن قال اشتريته بألف وقال آمره: بل بأقل منه فإن كان أعطاه الألف صدق هو إن ساواه)** لأنه أمين وقد ادعى الخروج عن الأمانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر .**(وإلا فللآمر)** لأنه خالف حيث اشترى بألف ما يساويه [د١٧٨و] [والآمر يتناول ما يساويه][١٤]

---

(١) في (د): (أن ند).

(٢) في (ب، ج): (من بنصفه).

(٣) في (ج، هـ): (لحم).

(٤) في (ب، ج، و): (فاشترى).

(٥) في (ب): (وبشراء).

(٦) في (أ، و): (أقل).

(٧) في (هـ): (من منه).

(٨) في (هـ، و): (وان).

(٩) في (ب، ج): (أمر).

(١٠) ما بين القوسين، لم يرد في (ب، ج).

(١١) (لا): لم ترد في (و).

(١٢) ما بين القوسين، لم يرد في (ب).

(١٣) ما بين القوسين، لم يرد في (ب).

(١٤) ما بين القوسين، لم يرد في (أ). وفي (و): (وللآمر يتساوى).

(وإن لم يكن أعطاه وساوى أقل منه صدق الآمر) لظهور المخالفة؛ لأن الآمر دفع بشراء ما يساوي ألف بألف، والمراد بقوله: صدق [ب٦٣و] في جميع ما ذكر التصديق بغير الحلف .**(وإن ساواه تحالفاً)** لأن الوكيل والموكل بمنزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف بالثمن وموجبه [ج٥٩ظ] التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فيلزم المبيع المأمور .**(وكذا في معين لم يسم له ثمناً فشراه واختلفا)** [أ١١٧و] بأن قال الوكيل: اشتريته بألف وقال الآمر: بل بأقل منه .**(وإن صدق البائع المأمور في الأظهر)** قيل: لا تحالف ها هنا؛ لارتفاع الخلاف بتصديق البائع إذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة إنشاء العقد، وفي المسألة الأولى هو: غائب فاعتبر الاختلاف وإلى هذا مال الفقيه أبو جعفر[1]، وقال قاضيخان[2]: وهو أصح، وقيل يخالفان؛ لأن البائع إن استوى الثمن فهو أجنبي عنهما وإن لم يستوف فهو أجنبي عن الآمر فلا يدخل له وهذا قول الإمام أبي منصور. قال في "الهداية ": وهو أظهر[3]. وفي "الكافي" هو الصحيح[4].

فصل [في البيع]

(لا يصح بيع الوكيل وشراؤه ممن ترد شهادته له) وقالا: يجوز بمثل[5] القيمة إلا من عبده ومكاتبه هذا على وفق ما في "الهداية"[6]، وفي "تتمة الفتاوى" نقلاً عن "مبسوط[7] السرخسي": بيع الوكيل ممن لا تقبل شهادته بأقل من قيمته لا يجوز عند أبي حنيفة وبأكثر من قيمته يجوز، وبمثل القيمة في رواية البيوع والوكالة لا يجوز وفي رواية المضاربة يجوز إنما الخلاف [و١٤٩ظ] في البيع بغبن يسير[8] **(وصح بيع[9] الوكيل به بما قل أو أكثر والعرض والنسيئة)** أي بالثمن المؤجل هذا

---

(١) هو: محمد بن عبد الله بن محمود بن عمر البلخي الهنداوي، شيخ كبير وإمام جليل القدر، كان على جانب عظيم من الفقه والذكاء والزهد والورع، ويقال له: أبو حنيفة الصغير، تفقه على أبي بكر الأعمش، توفي ببخارى سنة (٣٦٢هـ). ينظر: طبقات الفقهاء ص٦٥. وتاج التراجم ص٦٣. والفوائد البهية ص١٧٩.

(٢) لم أقف على تصحيح قاضيخان، بخلاف ما ذكر الشارح رحمه الله، والله أعلم.

(٣) ينظر: الهداية (٣/ ١٤٢).

(٤) يراجع الكافي. ينظر: الدرر (٢/ ٢٨٨).

(٥) في (أ، د، هـ): (أن كان).

(٦) ينظر: الهداية (٣/ ١٤٣).

(٧) (أ، د): (المبسوط).

(٨) وتخصيص قولهما بمثل القيمة إشارة إلى إنه لا يجوز بالغبن اليسير وإلا لم يكن للتخصيص بمثل القيمة فائدة، لكن ذكر في الذخيرة أنه يجوز بالغبن اليسير ملحق بالقيمة. ينظر: حاشية الشلبي (٤/ ٢٧٠). والبناية (٧/ ٣٢٤).

(٩) في (ب): (البيع).

عنده، وعندهما وهو قول الشافعي[١]: لا يجوز البيع بنقصان لا يتغابن الناس في مثله، ولا يجوز إلا بالنقود حالة أو إلى أجل متعارف؛ لأن المطلق ينصرف[٢] إلى المتعارف .**(ويقيد شراؤه بمثل القيمة وزيادة ويتغابن فيها وهي ما يقوم به مقدم إن لم يعرف سعره)** [هـ٢٨٧] إنما قال هذا؛ لأنه إن سعره معروفاً بين الناس لا يعفى فيه الغبن وإن كان فلساً واحداً وإنما فرق أبو حنيفة بين البيع والشراء[٣]؛ لأن في اعتبار الإطلاق في الشراء رخصة[٤] أنه يشتريه[٥] بجميع ما يملكه الموكل وبزيادة[٦] وفيه ضرر عظيم .**(وصح بيع نصف من وكل بيعه)** لأن اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع فيجوز مطلقاً فصار [د١٧٩ظ] كما لو وكله ببيع[٧] المكيل والموزون هذا عنده، وقالا[٨] لا يجوز لأن فيه ضرر الشركة إلا أن يبيع الباقي قبل أن يختصما فإنه حينئذٍ[٩] يجوز لاندفاع الضرر بما قررناه تبين وجه اختصاص [ب٦٤ظ] الخلافية بما يتعيب بالشركة .**(وفي الشراء يتوقف على شراء الباقي)** أي. **(في الوكيل بشراء العبد)** إذا اشترى نصفه يتوقف بشرائه، فإن اشترى باقيه قبل أن يختصما لزم الموكل وإلا لزم الوكيل وإنما فرق أبو حنيفة بين البيع والشراء؛ [لأن الأمر في البيع صادف ملكه .**(فاعتبر فيه إطلاقه بخلاف الأمر في الشراء)** وأما ما قيل][١٠] تهمة أن يشتريه لنفسه ثم ندم فيلقيه على الموكل ولا تهمة بالبيع. فيرد عليه: أن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يمكن أن يشتريه لنفسه[١١] لا كلاً ولا بعضاً. **(وصح أخذه رهناً وكفيلاً بالثمن فلا يضمن إن ضاع)** [ز٢٠٩و] أي الرهن .**(أو نوى)** أي المال .**(على الكفيل)** لم يقل ما على الكفيل لما فيه من إيهام الفاسد وهو أن لا ينوي ما على الأصيل وهو أن يكون بالموافقة إلى حاكم مالكي[١٢] يرى براءة الأصيل عن الدين بالكفالة أو لا يرى الرجوع على الأصيل بموته[١٣] مفلساً

(١) ينظر: الأم (٣/ ١٩٢). وروضة الطالبين (٤/ ٣٠٤).
(٢) في (و): (لا ينصرف).
(٣) أن في الشراء تتحقق التهمة وإن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقدير والإطلاق. ينظر: الهداية (٣/ ١٤٤).
(٤) في (ب، ج): (خصه).
(٥) في (ب، ج): (يشتري).
(٦) في (و): (والزيادة).
(٧) (ببيع): لم ترد في (هـ).
(٨) في (ج): (وعندهما).
(٩) (حينئذٍ): لم ترد في (هـ).
(١٠) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).
(١١) في (ب، ج): (بنفسه).
(١٢) (مالكي): لم ترد في (أ).
(١٣) في (ب، هـ، و): (بكونه).

ويحكم به ثم [بموت الوكيل مفلساً .(ولو رد مبيع[1]][2] **على وكيل في عيب يحدث مثله)** إنما قال: يحدث مثله؛ لأن ما لا يحدث مثله أصلاً كأصبع زائدة لا حاجة إلى الحجة .**(ببينة أو نكول رده على آمره وكذا بإقرار فيما لا يحدث مثله إن رد بقضاء)** إنما قال فيما لا يحدث مثله؛ لأنه إذا كان فيما يحدث مثله لزمه إلا أن له أن يخاصم الموكل فيلزمه بينة أو نكول إن كان الرد عليه بقضاء، وإلا فلا، وإنما قال: إن ردت بقضاء؛ [لأنه إن كان][3] بغير قضاء ليس له الرد على الموكل ولا الخصومة معه في عامة الروايات، والتفصيل يطلب من "الهداية" ثم أن اشتراط البينة أو النكول أو الإقرار فيما لا يحدث مطلقاً ظاهر وفيما يحدث في الجملة لكن لا يحدث في هذه المدة إذا كان تأريخ بيع مشتبهاً على القاضي [و١٤٩و] أو كان العيب مما لا يعرفه إلا النساء أو الأطباء فإن قولهن أو قول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر إلى أحد هذه الحجج للرد حتى لو عاين[4] القاضي تأريخ البيع والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها كما إذا كان العيب مما لا يحدث أصلاً .**(وإن باع نساء فقال آمره: أمرتك بنقد، وقال الوكيل: أطلقت صُدق الآمر)**؛ لأن الآمر يستفاد منه ولا دلالة على الإطلاق .**(وفي المضاربة المضارب)** لأن الأصل فيه العموم فقامت دلالة الإطلاق .**(ولا يصح** [هـ٢٨٨] **تصرف** [ب٦٤و] **أحد الوكيلين وحده فيما وكلا به دفعة واحدة)** بأن[5] قال وكلتكما بفلان وأما إذا وكلهما على التعاقب جاز لأحدهما أن ينفرد [ب٦٤و] بالتصرف ذكره في "غاية البيان"[6] **(إلا في خصومة)** وفيه خلاف زفر[7] **(ورد وديعة وعارية وغصب)** [ز٢١٠ظ] ذكرهما قاضيخان في" شرح الجامع الصغير" .**(وقضاء دين وطلاق وعتق لم يعوضا)** أما في الخصومة فلأن الاجتماع فيما يفضي إلى الشغب[8] والرأي [يحتاج إليه سابقاً لتقدم الخصومة وأما في الأمور الأخر فلعدم الحاجة إلى الرأي][9] **(ولا يصح بيع عبد ومكاتب وكافر)** ذمياً

---

(١) في (ب): (بيع).

(٢) ما بين القوسين، لم يرد في (أ، ز).

(٣) ينظر: الهداية (٣/ ١٤٤) وما بعدها.

(٤) في (د، هـ، و): (لو علم).

(٥) في (د، هـ): (فإن).

(٦) (البيان) لم ترد في (ب).

(٧) وظاهره أنه إذا خاصم أحدهما لم يشترط حضرة الآخر وهو قول العامة لعدم الفائدة بسماعها وهو ساكت. ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٢٧٥)وما بعدها.

(٨) الشغب: بالتسكين تهيج الشر، ولا يقال شغب بالتحريك: ينظر: مختار الصحاح (١/ ١٤٣).

(٩) ما بين القوسين، لم ترد في (و).

كان أو حربياً لاختلاف الحربي إنما خلاف[١] أبي[٢] حنيفة في المرتد إذا مات على ردته نص على ذلك الفقيه أبو الليث في "شرح الجامع الصغير"[٣] [ج٦٠ظ] .**(مال صغيره المسلم وشراؤه به)** أي بما له لأن الرق والكفر قاطعان الولاية.

باب الوكالة بالخصومة والقبض

(للوكيل بالخصومة القبض) [عيناً كان أو ديناً وهذا ظاهر الرواية ذكره قاضيخان في "شرح الجامع الصغير"، وفيه خلاف زفر، والفتوى اليوم على قوله لظهور الخيانة في الوكلاء][٤] **(كالوكيل بالتقاضي على أصل الرواية)**[٥] لأنه في معناه وضعاً إلا أن العرف بخلاف وهو قاضٍ على الوضع والفتوى على أن لا يملك، كذا في "الهداية"[٦]. قال في "غاية البيان": يعني أن الوكيل يتقاض عن الدين بملك القبض اتفاقاً في جواب كتاب الوكالة، لكن فتوى المشايخ على أن لا يملك لفساد الزمان[٧] **(وللوكيل بقبض الدين الخصومة)** خلافاً لهما .**(لا الذي[٨] يقبض العين)** هذا بالإجماع .**(فلو قام)** أتى بأداة التفريع التفرعة على ما تقدم من أن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة. **(حجة ذي اليد على وكيل قبض عبد أن موكله باعه منه يقصر يده ولا يثبت البيع)** هذا استحسان، والقياس: أن يدفع الوكيل؛ لأن البينة قامت لا على خصم فلم يعتبر وجه الاستحسان أنه خصم في قصر يده لقيام مقام الموكل في القبض فيقتصر يده .**(فتقام ثانياً على البيع إذا حضر الخصم)** ولم[٩] يقل إذا حضر الغائب؛ لأن حضور نفسه ليس بشرط .**(كما يقصر يدُ الوكيل نقل المرأة والعبد بلا طلاق وعتق)**[١٠] أي بلا ثبوت واحد منهما.

---

(١) في (ب، ج): (خالف).
(٢) في (ب، ج): (أبو).
(٣) في (ب): (الصغيرة).
(٤) ما بين القوسين، لم يرد في (ب، هـ، و).
(٥) في (ب): (الروايات).
(٦) ينظر: الهداية (٣/ ١٤٦) وما بعدها.
(٧) وفي الواقعات: ليس له أن يقبض الدين في زمانها وهو اختيار مشايخ بلخ وبه أخذ أبو الليث، فعلى هذا ظهر عدم فهم ما قيل من أنه قال صاحب الاختيار والوكيل بالتقاضي يملك القبض. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٢٤٢). والبناية (٧/ ٣٥٤).
(٨) في (أ،د،ه): (للذي).
(٩) في (ب، ج): (ولم).
(١٠) يعني إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق، وأقام العبد البينة على العتاق على الوكيل بنقلهما إلى موضع تقبل هذه البينة استحساناً في قصر يد الوكيل عنهما حتى يحضر الخصم منكراً. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٢٤٣).

(لو قامت حجتها) من حجة المرأة والعبد عليه .**(حتى يحضر الخصم ويقوم عليه)** أي لا يقع الطلاق والعتق حتى يحضر الخصم ويقوم حجتها [د١٨٠ظ] عليه .**(وصح إقرار الوكيل بالخصومة)** بقبض المال إن كان وكيلاً من جانب [ب٦٥ظ] المدعي وبوجوبه[١] [و١٥٠ظ] إن كان من جانب المدعي عليه .**(عند القاضي وعند غيره لا)** استحساناً[٢] ولكنه يخرج به عن الوكالة هذا عند أبي حنيفة ومحمد[٣]، وعند أبي يوسف: يصح عند غير القاضي أيضاً، وعند زفر[٤] والشافعي وهو قول أبي يوسف أولاً: لا يصح أصلاً، وهو القياس؛ لأنه مأمور بالخصومة وهي منازعة والإقرار يضادها؛ لأنه مسالمة والأمر بالشيء لا يتناول ضده.

وجه [هـ٢٨٩] الاستحسان: إن التوكيل صحيح فيدخل عنده ما يمكنه الموكل وهو الجواب مطلقاً دون أحدهما عيناً إذ لا يجوز له أن ينكر إذا كان خصمه محقاً والخصومة يراد بها الجواب عرفاً مجازاً لأنها سببه فينصرف إليه تجرباً للصحة. **(كتوكيل رب المال)** [أي **(كما لا يصح توكيله)**][٥] **كفيله بقبض ماله على المكفول عنه)** لأن الوكيل يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملاً لنفسه .**(ومصدق الوكيل يقبض دينه إن كان غريماً أمر بدفع دينه إلى الوكيل)** لأنه إقرار على نفسه، لأن ما يقبضه خالص حقه إذ الديون [أ١١٨و] تقضى بامثالها .**(ثم إن كذبه الغائب دفع الغريم إليه ثانياً)**؛ لأنه [ج٦٠و] لم يثبت الاستيفاء وحيث[٦] أنكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الأداء .**(ورجع به على الوكيل فيما بقي في يده)** لأن غرضه من الدفع براءة ذمته ولم[٧] يحصل فله أن ينقض قبضه .**(وفيما أضاع لا)** لأنه بتصديقه اعترف أنه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الوجه والمظلوم لا يظلم غيره .**(إلا إذا كان ضمنه عند دفعه)** يجوز في قوله ضمنه التشديد والتخفيف وما ضمنه ما أخذه الطالب ثابتاً لا ما أخذه الوكيل؛ لأنه أمانة في يده لتصادقهما على أنه وكيل والأمانات لا تجوز بها الكفالة ذكره في "التبيين"[٨][٩] **(أو دفع إليه على ادعائه مصدق وكالته)** ففي هاتين الصورتين إن أنكر الغائب فالغريم يضمن

---

(١) في (د): (وبوجه).
(٢) (استحساناً): لم ترد في (ب).
(٣) (ومحمد): لم ترد في (و).
(٤) في (و): (الشافعي وزفر).
(٥) ما بين القوسين، لم يرد في (ب، ج، هـ، و).
(٦) (وحيث): لم ترد في (ب، ج).
(٧) في (و): (فلم).
(٨) في (أ): (الزيلعي).
(٩) ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٢٨٣).

الوكيل إن ضاع المال .**(وإن كان)** أي كان مصدق التوكيل .**(مودعاً لم يؤمر بدفعها إليه)** أي بدفع الوديعة إلى مدعي الوكالة؛ لأن تصديقه إقرار بمال الغير بخلاف الدين على ما مر .**(ولو قال: تركها المودع ميراثاً لي لا وارث له غيري)** أي ادعى أن المودع مات وترك الوديعة ميراثاً .**(وصدقه [المودع أمر بالدفع إليه، ولو ادعى الشراء منه لم يؤمر)]**[1] ؛لأنه إقرار على الغير بخلاف ما تقدم ؛لأنهما اتفقا على موت المودع فكان[2] [د١٨٠و] هذا اتفاق على أنه ملك الوارث .**(ومن وكل بقبض مال وادعى الغريم قبض دينه ولا بينة له دفع واستحلف دائنه على قبضه)** إذا حضروا أنكر القبض [ب٦٥و] .**(لا الوكيل على العلم بقبض الموكل الدين)**؛ لأنه نائب والنيابة لا تجري في الأيمان، قال القدوري في "كتاب التقريب"، وقال زفر: حلفه على علمه وإن أبى أن يحلف خرج من الوكالة. وجه قول زفر: أن البينة لما جاز أن تسمع على الوكيل لما فيه من إسقاط الخصومة [و١٥٠و] جاز أن يستحلف لينكل ويثبت هذا المعنى .**(ولا يرد الوكيل بعيب قبل حلف المشتري، لو قال البائع رضي هو به)** أي رضي المشتري بالعيب الفرق بين هذه المسألة، وما تقدم من مسألة الابن أن التدارك ممكن هناك [باسترداد ما قبضه الوكيل إذا حضر الخطأ [3] عند نكوله وها هنا غير ممكن][4] ؛ ؛لأن القضاء بالفسخ ماضٍ على الصحة وإن ظهر الخطأ، وعند أبي حنيفة كما هو مذهبه في العقود والفسخ ولا يستخلف المشتري عنده بعد ذلك؛ لأنه لا يفيد، وأما عندهما فيجب أن يتحد الجواب في الفصلين ولا يؤخر؛ لأن التدارك ممكن [هـ٢٩٠] عندهما البطلان القضاء، وقيل: الأصح عند أبي حنيفة أن يؤخر في الفصلين .**(ومن دفع إلى آخر عشرة ينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة له فهي بها)** لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكر وقيل :هذا استحسان، وفي القياس: ليس له ذلك فيصير متبرعاً، وقيل: القياس والاستحسان قضاء الدين؛ لأنه [ج٦١ظ] ليس بشراء وأما الإنفاق فيتضمن الشراء فلا يدخلانه.

باب عزل الوكيل

[ز٢١١و] **(للموكل عزل وكيله ووقف على علمه وتبطل الوكالة بموت أحدهما**

---

(١) ما بين القوسين، لم يرد في (ب، ج). (٢) في (ب، ج، هـ، و): (وكان).

(٣) في (هـ): (الخطاب).

(٤) ما بين القوسين، لم يرد في (ز).

وجنونه مطبقاً) [١] أي مستوعباً[٢] حد المطبق شهر عند أبي يوسف، وعنه أنه أكثر من يوم وليلة، وعند محمد: حول كامل فقدر به احتياطاً[٣] **(ولحاقه بدار الحرب مرتداً)** والمراد بلحاقه ثبوته بحكم الحاكم.[٤] **(وكذا بعجز موكله مكاتباً وحجره مأذوناً وافتراق الشريكين)** أي أحد الشريكين وكل ثالثاً في التصرف في مال الشركة فافترقا تبطل الوكالة .**(وإن لم يعلم به وكيلهم)** الضمير للثلاثة المذكورة آنفاً. **(وبتصرف الموكل فيما وكل به)**؛ لأنه لما[٥] تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت [أ١١٩ظ] الوكالة ضرورة [د١٨١ظ]، وفي "الكافي": [ان الموكل][٦] إذا طلقها واحدة والعدة قائمة بقيت الوكالة، قال الزيلعي[٧]: لبقاء المحل وبهذا اتضح فساد ما قيل سواء لم يبق محلاً للتصرف أو بقي محلاً له، والله أعلم.[٨]

---

(١) المطبق في أظهر الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله مقدرة بأكثر السنة، وفي رواية عنه مقدر بأكثر من يوم وليلة. ومحمد قدر أولاً الجنون المطبق بشهر ثم رجع وقدره بسنة كاملة، وذكر الناطفي والشيخ الإمام المعروف خواهرزاده أن الجنون المطبق في قول أبي حنيفة مقدرة بشهر وعليه الفتوى.

(٢) في (ب، ج): (المستوعب).

(٣) قال في الدرر وفي الاختيار: "وهو الصحيح". ينظر: الدرر (٢/ ٢٩٤). والاختيار (٢/ ٤٣٨).

(٤) (خلافاً لهما) بأن تصرفاته نافذة عندهما إلى أن يموت أو يقتل ردته أو يحكم بلحاقه حتى يستقر أمر اللحاق فلو عاد من دار الحرب مسلماً ولم يحكم بلحاقه تعود الوكالة عندهم وإن حكم ثم عاد تعود الوكالة عند محمد خلافاً لأبي يوسف. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٢٤٧) وما بعدها.

(٥) (لما): لم ترد في (ب).

(٦) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).

(٧) في (د، هـ، ز): (قال في التبيين).

(٨) (والله أعلم): الزيادة من (ب، ج).

كتاب الدعوى

هي اسم على فعلى وألفها للتأنيث فلا ينون وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى .(**هي إضافة الشيء إلى نفسه**[1] **حالة المنازعة**)[2].

الدعوى لغة: عبارة عن إضافة الشيء إلى نفسه حالة المسالمة والمنازعة جميعاً مأخوذ من قولهم ادعى إذا أضاف الشيء إلى نفسه بأن قال لي، ومنه[3] دعوة الولد؛ لأنه يضيفه إلى نفسه.

وفي الشرع: يراد به إضافة الشيء إلى نفسه حالة المنازعة لا غير "من مبسوط خواهر زاده"، فإن قلت: هلا يلزم على هذا التفسير أن يكون بعض المنكر مدعيا؟ قلت: بل اللازم أن يتحقق حقيقة الدعوى الشرعي في جانب بعض المنكر ومع ذلك لا يطلق عليه المدعي[4] شرعاً لاعتبار الشرع [و١٥١ظ] في المدعي شرطا زائداً وغاية ما يترتب على هذا أن لا يكون الوضع العرفي لفظي المدعي والمدعى عليه نوعياً[5] بل شخصياً ولا بأس فيه وكأنهم أشاروا إلى هذا بعدم توسيطهم أداة التفريع بين تفسيري الدعوى وتفسيري المدعي[6] والمدعى عليه . [ز٢١٤ظ] (**والمدعي من لا يجبر على الخصومة**) لم يقل إذا تركها كما قال القدوري؟[7]، ومن تبعه[8]؛ لأنه غير مجبور حالتي القول والفعل والقيد المذكور يوهم الاختصاص .(**والمدعى عليه من**[9] **يجبر عليها**) ومنهم من قال: المدعى من يلتمس[10] خلاف الظاهر ولا يلزم أن يكون أمراً حادثاً، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ولا يلزم أن تكون عدماً أصلياً، وقال محمد في "الأصل": المدعى عليه هو المنكر، وهذا صحيح لكن الشأن في معرفة المنكر والاعتبار في هذا للمعنى[11] حتى أن المودع إذا قال: رددت الوديعة يكون القول

---

(١) (نفسه): لم ترد في (ب، د، هـ، و).
(٢) (المنازعة): مكررة في (أ).
(٣) في (ب): (ومن).
(٤) في (ب، ج): (الدعوى).
(٥) (نوعياً): لم ترد في (هـ)
(٦) في (ب، ج): (تفسير الدعوى والمدعي).
(٧) ينظر: اللباب (٤/ ٢٦).
(٨) في (ب، ج): (تابعه)، المقصود هنا صاحب الهداية.
(٩) (من): لم ترد في (ب، ج).
(١٠) في (ب، ج): (لا يلتمس).
(١١) في (ب، ج): (المعنى).

قوله[١] [هـ٢٩١] مع اليمين[٢]؛ لأنه ينكر الضمان وإن ادعى الرد صورته[٣] **(وهي إنما تصح في الدين بذكر جنسه وقدره)** قيل: إن كان وزنياً لابد من ذكر الصفة بأنه جيد أو رديء، ومن ذكر [ج٦١و] النوع[٤] نحو تجاري الضرب أو نيسابوري الضرب هذا إذا كان في البلد نقود مختلفة كلها في الرواج سواء، أما إذا كان نقداً واحداً ونقد[٥] أحدهما أروج فلا، فإنه يصير في ذلك كالملفوظ في الدعوى فلا يحتاج إلى البيان، وذكره في "النهاية". **(وفي العين المنقول)** أي الذي يحتمل [د١٨١و] النقل. **(بالإشارة إليه فعلى الغريم إحضاره[٦] في مجلس القضاء[٧] إلا إذا تعسر)** بأن كان في نقله مؤنة[٨] وإن قلّت ذكره في "الخزانة". **(حضر[٩] الحاكم عنده أو بعث أميناً أو تعذر)**[١٠] بأن كان هالكاً أو حكماً بأن كان غائباً. **(ذكر قيمته)** ليصير معلوماً ولا عبرة في ذلك للتوصيف[١١] [**(على قوله بالإشارة إليه)**][١٢] لأنه لا يجري بدون ذكر القيمة وعند ذكرها لا حاجة إليه، أشير إلى ذلك [ب٦٦و] في الهداية[١٣] **(وبقوله[١٤] أنه في يده)** عطف على قوله بالإشارة إليه. **(بغير حق)** دفعاً لاحتمال أن يكون مرهوناً أو[١٥] محبوساً بالثمن في يده. **(وفي غير المنقول)** وهو العقار. **(بذكر الحدود)** في الدار وكذا في الضيعة لابد من التحديد، وإن كانت مشهورة[١٦] عنده، وعندهما لا يشترط؛ لأن الشهرة

---

(١) في (أ، ب، ج): (القول له). وفي (ز): (القول مع اليمين).

(٢) في (ب): (يمينه).

(٣) في (أ، ب، ج): (صورة).

(٤) (النوع): مكرر في (ج).

(٥) (ونقد): لم ترد في (ب). وبدلها: (أي).

(٦) في (هـ، د): (إحضار).

(٧) في (ب، ج): (القاضي).

(٨) أن يكون له حمل ومؤنة وهو أن لا يحمل إلى مجلس القاضي إلا بأجر وقيل: ما لا يمكن رفعه بيد واحدة فهو حاله حمل ومؤنة وهذا إذا كانت العين قائمة فلو كانت هالكة فهو دعوى الدين في الحقيقة، ينظر: غنية الاحكام (٢/ ٣٣٠) نقلاً عن جامع الفتاوى والبحر الرائق (٧/ ١٩٦) قيل: ما اختلف سعره في البلدان فهو كحالة حمل ومؤنة.

(٩) في (هـ): (جهز).

(١٠) في (د، هـ، و، ز): (أو تعذر حقيقة).

(١١) في (ب): (للتوضيف). وفي (ج): (للتضويف).

(١٢) ما بين القوسين، لم ترد في (أ، ج، د، هـ، و، ز).

(١٣) لأن الأعيان تتفاوت والشرط أن تكون الدعوى في معلوم وقد تعذر مشاهدته فوجب ذكر قيمته لأنها خلف عنه، وقال الفقيه أبو الليث: يشترط مع ذكر القيمة ذكر الذكورة والأنوثة. ينظر: الهداية (٣/ ١٥٢). والدرر (٢/ ٣٣٠).

(١٤) في (ب، د، هـ): (وبقوله).

(١٥) في (هـ): (أي).

(١٦) في (ب): (مشهودة).

مغنية[١] عنه[٢] **(الأربعة أو الثلاثة)** لا خلاف في أنه لا يكتفي فيه بذكر حد واحد وكذا حدين عندهما خلافاً لأبي يوسف، [ز٢١٤و] وهل يقع بذكر ثلاثة حدود؟ قال علماؤنا الثلاثة: نعم. وقال زفر: لا وهي مسألة كتاب الشروط من "البدائع"[٣] **(وأسماء أصحابها ونسبهم إلى الجد)**[٤] لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة ولو كان الرجل مشهوراً يكتفي بذكره وبأنه في يده لابد منه؛ لأنه إنما ينتصب خصماً إذا كان في يده .**(ولا يثبت فيه إلا ببينة)** لم يقل بحجة[٥]؛ لأنها[٦] بتناول الإقرار .**(أو علم القاضي)** ولا يكفي تصديق المدعى عليه انه[٧] في يده [و١٥١و] لما فيه من تهمة المواضعة ولا يخفى ما فيها من الضرر لصاحب اليد وإذا ثبت اليد بالبينة أو علم القاضي ترفع[٨] هذه التهمة وليس من قبيلها ما قيل: أن الدار إذا كانت في يد رجل أمانة[٩] فتواضع المدعي وذو اليد على [أ١١٩و] أن ذا اليد لا يقول انها[١٠] أمانة في يده حتى يقيم المدعي بينة على إنها في يد ذي اليد فإن مبناها[١١] على مواضعة الخصمين وشاهدي زور ولا يدفع لها .**(والمطالبة به)** عطف على قوله وانه في يده وبهذا[١٢] يندفع في دعوى العقار ما اندفعت[١٣] في المنقول بزيادة قوله بغير حق .**(وإذا صحت سأل القاضي الخصم عنها فإن أقر)** أي[١٤] أقر فيها .**(أو أنكر وسأل المدعي البينة فإن أقام**[١٥] **قضى عليه وإن لم يقر)**[١٦] هذا بتنظيم صورتين إحداهما أن يقول: لا أنكر ولا أعترف، والأخرى أن لا يقول ذلك بل يسكت، وفي الأولى: لا يستحلف عنده وعندهما: يستحلف كما في السكوت [د١٨٢ظ] لتساقط قوله بالتعارض ثم عنده[١٧] يحبس حتى يقر أو ينكر [هـ٢٩٢] ذكره العتابي في "فتاوى"، وفي الثانية: يستحلف بلا خلاف

---

(١) في (ب، ج، د): (معينة).
(٢) (عنه): لم ترد في (هـ).
(٣) لابد من بيان موضع الحدود وبلده ليصير معلوماً. ينظر: البدائع (٥/ ٢٣٢). والهداية (٣/ ١٥٢-١٥٣).
(٤) في (ب، ج): (إلى حد).
(٥) في (و): (إلا بحجة).
(٦) في (أ): (لأنه).
(٧) في (هـ): (وإنه).
(٨) في (ب): (يرفع).
(٩) في (هـ): (الرجل مداته).
(١٠) في (هـ): (لأنها).
(١١) في (أ): (مبناها).
(١٢) في (أ): (فبهذا).
(١٣) في (أ): (ما ندفع).
(١٤) في (ب، ج): (ان).
(١٥) في (أ): (فأقام).
(١٦) في (و): (يقم).
(١٧) في (د): (إنه).

والمراد[١] بقوله .(**حلفه**[٢] **إن طلب خصمه**) هذه [ج٦٢ظ] الصورة .(**فإن نكل مرة**) أي قال[٣]: لا أحلف .(**أو سكت بلا آفة قضي عليه بالنكول**) لم[٤] يقل وقضى بالنكول، صح لعدم دلالته على أنه حقه إنه يقضي فكم[٥] من شيء ليس حقه أن يقع ويصح بعد الوقوع، كقبول شهادة الفاسق والقضاء بها. [ب٦٧ظ] (**وعرض اليمين ثلاثاً ثم القضاء أحوط**[٦] **ولا يرد اليمين على مدع، وإن نكل خصمه**) خلافاً للشافعي[٧] [ز٢١٥ظ] فإن عنده إذا نكل الخصم يرد اليمين على المدعي فإن حلف[٨] قضى له وإن أبى انقطعت الملازمة، وعندنا: يستحلف المدعى عليه لا غير قيل: رد اليمين على المدعي بدعة وأول من قضى به معاوية[٩] وهي مخالفة الحديث المشهور[١٠] [يعني بدعة مردودة بدلالة قوله وهي مخالفة للحديث المشهور][١١] فلا يحتمل التأويل بأنه ليس المراد، وإن ذلك أمر ابتدعه[١٢] معاوية في الدين بناء على ظنه، بل أن المراد إنه أمر مبتدع لم يقع

---

(١) في (د): (الرد).
(٢) في (هـ): (حلف).
(٣) في (أ، ب، و): (قالا).
(٤) في (ب، ج): (ولم).
(٥) (فكم): لم ترد في (ب، ج).
(٦) وفي المجتبى يشترط أن يكون القضاء على فور النكول عند بعض المشايخ، وقال الخصاف: لا يشترط حتى لو استعمله بعد العرض يوماً أو يومين أو ثلاثة، فلا بأس، وهو قول الأئمة الثلاثة. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٢٥٤). وفي الهداية: "واما المذهب: إنه لو قضي بالنكول بعد العرض مرة جاز، لما قدمناه هو الصحيح، والأول أولى". ينظر: الهداية (٣/ ١٥٥).
(٧) ينظر: الأم (٦/ ٢٢٧). ومختصر المزني (ص٣١٠). والتنبيه (١/ ٢٦٦). والمهذب (٢/ ٣١١). والوسيط (٧/ ٤١٥).
(٨) في (ب): (فاحلف).
(٩) أبو عبد الرحمٰن، معاوية بن أبي سفيان بن صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي بن كلاب وأمه هند بنت عتبة، ولد قبل البعثة بخمس سنين وقيل بسبع وقيل بثلاث عشرة، أسلم بعد الحديبية وكتم إسلامه ثم أظهره عام الفتح جعله رسول الله ﷺ كاتباً للوحي، وفي خلافة عمر ولاه الشام بعد وفاة أخيه يزيد، وأقرعثمان عليها، مات في رجب سنة ستين. ينظر: معجم الصحابة (٣/ ٧٢) رقم (١٠٢٦). وتأريخ الطبري (٣/ ٣٦٣). والبداية والنهاية (٨/ ١١٧). والاصابة (٦/ ١٥١) رقم (٨٠٧٤) وغيرها.
(١٠) الحديث: حديث دعاه له رسول الله ﷺ: «اللهم علم معاوية الكتاب والحساب وقه العذاب» ينظر: مسند أحمد (٤/ ١٢٧). وصحيح ابن خزيمة (٣/ ٢١٤) رقم (١٩٣٨). والمعجم الكبير (١٨/ ٢٥١) رقم (٦٢٨). ومسند الشاميين (١/ ١٩٠) رقم (٣٣٣). ومجمع الزوائد (٩/ ٣٥٦). وموارد الضمآن (١/ ٥٦٦) رقم (٢٢٧٨).
(١١) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).
(١٢) في (هـ): (شرعه).

العمل به إلى زمن معاوية لعدم الحاجة إليه .**(ولا يحلف)**. عنده خلافاً لهما، والفتوى على قولهما .**(في النكاح)** من "التتمة والخانية" في نكاح صورتهما إن ادعى رجل على امرأة أو هي عليه نكاحاً والأخير ينكر[١] . **(ورجعة)** صورتها أن تدعي المرأة في العدة أو بعدها أو هو عليها بعد العدة [أنه رجعها[٢] فيها وأنكر الآخر .**(وفي إيلاء)** صورتها: أن يدعي المولى عليها بعد العدة وهي عليه بعد العدة أو قبلها أنه سماه فيها وأنكر الآخر][٣] **(واستيلاد)** صورتها: أن تدعي أمة على مولاها أنها[٤] ولدت منه[٥] ولداً قد مات أو أسقطت سقطاً[٦] مستبيناً الخلق وأنكر المولى ولا يجري في المسألة العكس؛ لأن المولى إذا ادعى ذلك عليها [و١٥٢ظ] يكون إقراراً منه ولا يعتبر جحودها .**(ورق)** صورتها أن يدعى رجل على مجهول رقاً أو يدعي المجهول عليه أنه رقيقه، وأنكر الآخر والمراد مجهول الحال صرح به في "الفصول العمادية" لا مجهول النسب كما توهم .**(ونسب)** وفي المنظومة وولاء قال في "الحقائق" : لم يقل ونسب؛ لأنه إنما يستحلف في النسب المجرد عندهما إذا كانت بإقراره كالأب والابن في حق الرجل والأب في حق المرأة .**(وولاء)** صورتها أن يدعي رجل على رجل معروف أنه معتقه ومولاه أو ادعى المعروف [أ١٢٠ظ] ذلك عليه أو كان ذلك ولاء الموالاة ذكر قيد المعروف [د١٨٢و] في "الحقائق" وإنما يستحلف عندهما؛ لأن النكول إقرار والظاهر أنه يحلف على تقدير صدقه [ز٢١٣و] فإذا امتنع عنه ظهر أنه غير صادق في إنكاره إذ لو كان صادقاً لأقدم عليه وإذا كان النكول إقراراً والإقرار يجري في هذه الأمور فيحلف حتى إذا نكل يقضي بالنكول ولأبي حنيفة أن المرء كثيراً ما يحترز عن اليمين الصادقة فيبذل شيئاً ولا يحلف وإذا أمكن حمله على البذل لا يثبت الإقرار بالشك فيحمل على البذل؛ لأن إنزاله[٧] باذلاً أولى كيلاً يصير كاذباً في الإنكار والبذل لا يجري [ب٦٧و] في هذه الأشياء ومعناه [ج٦٢و] ها هنا ترك المنع والإعراض عن المنازعة لا الهبة والتمليك صرح [هـ٢٩٣] بذلك في "الهداية"[٨] وشروحها[٩]، فمعنى عدم جريانه في الصورة[١٠] المذكورة أنه لا يعمل فيها فإن

---

(١) في (ب، ج): (الأخير).

(٢) في (ب، ج): (رجعها).

(٣) ما بين القوسين، لم يرد في (ب).

(٤) في (ب، ج): (انه).

(٥) في (ز): (منها).

(٦) في (ب، ج، ز): (سقطها).

(٧) في (ب، ج): (ابذاله).

(٨) ينظر: الهداية (٣/ ١٥٥).

(٩) في (أ، ب، ج): (وشروحه).

(١٠) في (ب، ج): (الصور).

هذه الحقوق لا يستباح تناولها[(١)] بالإذن بخلاف الأموال وفي حمل النكول على البدل يكفي أو كان[(٢)] معناه لا يلزم أن يترتب عليه فائدته فاندفع ما قيل لما لم يجر البذل في هذه الأشياء لا يجعل النكول بذلاً فيحمل على الإقرار[(٣)]. **(وحد)** سواء كان حد الزنا أو حد القذف أو حد الشرب .**(ولعان)** هذا بالاتفاق، ووجه الفرق عندهما: أن الإقرار يجري فيها لكن[(٤)] النكول إقرار فيه شبهة والحدود تندري بالشبهات واللعان في معنى الحد[(٥)] **(وحلف السارق وضمن إن نكل[(٦)] ولم يقطع)** ولأن الضمان يعمل فيه النكول دون القطع[(٧)] فصار كما إذا شهد عليها رجل وامرأتان .**(وكذا الزوجة إذا ادعت طلاقاً)** لأنه يحلف في الطلاق بالاتفاق .**(فإن[(٨)] نكل يثبت الطلاق ويضمن المهر، وكذا في النكاح إن ادعت هي المال)** أي إن[(٩)] ادعت المرأة النكاح وغرضها المال كالمهر والنفقة فأنكر الزوج يحلف فإن نكل يلزمه المال ولا يثبت الحال عنده؛ لأن المال يثبت بالبذل لا الحل .**(وفي النسب إذا ادعى حقاً[(١٠)] كإرث ونفقة من إرث ونفقة[(١١)] أو غير مال)** كحق الحضانة في اللقيط[(١٢)] وامتناع الرجوع[(١٣)] في الهبة [فإن[(١٤)] نكل يثبت الحق ولا يثبت [ز٢١٦ظ] النسب إن كان محالاً يثبت بالإقرار وإن كان منه فعلى الخلاف المذكور][(١٥)] **(وكذا في منكر القود)** فإنه يستحلف بالإجماع .**(فإن نكل في النفس[(١٦)] حبس حتى يُقر أو يحلف وفيما دونها يقتص)[(١٧)]** فإن الأطراف بمنزلة

---

(١) في (ب): (تناوله). وفي (ج): (تنا).

(٢) في (ب، ج): (امكاناً).

(٣) والفتوى على قولهما في النكاح كما في قاضيخان وهو اختيار فخر الإسلام علي البزدوي معللاً بعموم البلوى وفي النهاية، قال المتأخرون: أن المدعي إذا كان متعنتاً يأخذ القاضي بقولهما وإن كان مظلوماً بقوله. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٢٥٥) وما بعدها.

(٤) (لكن): لم ترد في (هـ).

(٥) في (هـ): (الحدود).

(٦) في (ج): (وان نكل يثبت الحق ولا يثبت النسب إن كان مما لا يثبت بالاقرار وإن كان منه فعلى الخلاف المذكور وإن نكل يثبت الخلاف).

(٧) (القطع): لم ترد في (ب، ج).

(٨) في (ب، ج): (وان).

(٩) (إن): لم ترد في (ز).

(١٠) في (ب، ج): (حقا مالاً).

(١١) في (أ، د، هـ، ز): (كان كالإرث والنفقة).

(١٢) في (ز): (اللقيط والعتق بسبب الملك وامتناع).

(١٣) (الرجوع): لم ترد في (ب).

(١٤) في (ب، ج): (وان).

(١٥) ما بين القوسين لم يرد في (أ).

(١٦) في (د): (بالنفس).

(١٧) في (ب، ج): (يقتضي).

الأموال فيجري فيها البذل بخلاف النفس هذا[١] عنده [د١٨٣ظ]، وعندهما: يلزمه الإرش في النفس وما دونها؛ لأن النكول إقرار فيه شبهة فيثبت به المال دون القصاص .(**فإن**[٢] **قال: لي بينة حاضرة**) أي في المصر أنما ذكر هذا القيد؛ لأنه لو قال: لي شهود إلا أنهم غيّب يحلَّف ولا يكفل[٣] كما إذا قال لا بينة لي. (**وطلب حلف الخصم لا يحلف**) وقالا يحلف، ومحمد مع أبي حنيفة في رواية من "الحقائق"[٤] (**ويكفل بنفسه ثلاثة أيام فإن أبى**) أي إن أبى الخصم عن الكفيل .(**لازمه**) أي دار معه .(**حيث الدار ثلاثة أيام والغريب**) عطف على الضمير المنصوب في لازمه .(**قدر مجلس الحكم**) أي لازم[٥] المدعي الغريب إلى أن يقدم القاضي عن مجلس[٦] الحكم .(**ولا يكفل الغريب إلا**[٧] **إلى آخر المجلس**) فإن أتى البينة [ب٦٨ظ] ما فيها وإلا يحلّفه إن شاء أو يدعه.

[فصل في كيفية اليمين والاستحلاف][٨]

(**والحلف بالله لا بالطلاق والعتق فإن ألح الخصم قيل صح بهما في زماننا**[٩] [ج٦٣ظ] [أ١٢٠و] **لكن لا يقضى عليه بالنكول**) لأنه امتنع عما هو منهي عنه

---

(١) أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فيجري فيها البذل، بخلاف الأنفس فإنه لو قال: قطع يدي فقطعها لا يجب الضمان، وهذا إعمال للبذل، إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة، وهذا البدل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة، وقلع السن للوجع، وإذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في القسامة. ينظر: الهداية (٣/ ١٥٦).

(٢) في (د، هـ): (وإن).

(٣) في (ب، ج): (فلا يكفل).

(٤) وهذا الخلاف فيما إذا كانت حاضرة في المصر، وإن كانت خارج المصر يحلف بالاجماع، وإن كانت في مجلس الحكم لا يحلف بالاجماع. ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٣٠٠).

(٥) في (ب، ج): (لازمه).

(٦) في (ب، ج، ز): (المجلس).

(٧) في (ب، ج): (إلا ان).

(٨) ما بين القوسين، لم ترد في (ب،ج).

(٩) وفي الهداية: (٣/ ١٥٧). "إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك، لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق". وفي مجمع الأنهر: "لا يقضى عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منهي عنه شرعاً، وحتى لو قضى لا ينفذ، وإنما أتى بصيغة التمريض لأن أكثر مشايخنا لم يجوزوه، وفي البحر الفتوى على عدم التحليف بالطلاق والعتق وهو ظاهر الرواية، وفي الخانية ومنهم من جوزه في زماننا، والصحيح ما في ظاهر الرواية. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٢٥٩).

شرعاً ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ (**ويغلظ بصفاته**[١])[٢] أي بذكرها[٣] ولكن يحترز عن العطف كيلا يتكرر عليه اليمين .(**لا بالزمان والمكان**) خلافاً للشافعي[٤] فإنه يغلظ بهما عنده إن كان اليمين في قسامة أو لعان أو في[٥] مال عظيم .(**وحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام، والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام، والمجوسي بالله الذي خلق النار والوثني**[٦] **بالله**)؛ لأن الكفرة[٧] بأسرهم يعتقدون الله تعالى فإن الدهرية منهم[٨] لا يعتقدونه تعالى [هـ٢٩٤] ولا دلالة في قوله تعالى: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُم﴾[٩] الآية[١٠] على ذلك بل لأن الوثني يعبد غير الله ويعتقد أنه تعالى خالقه. [ز٢١٦و] (**ولا يحلفون في معابدهم**[١١] **ويحلّف على الحاصل في البيع**[١٢] **والنكاح بالله ما بينكما بيع قائم، أو نكاح قائم في الحال، وفي الطلاق ما هي بائن**[١٣] **منك الآن؟ وفي الغصب ما يجب عليك رده لا على السبب بالله**[١٤] **ما بعت ونحوه**) أي: ما نكحتها وما طلقتها وما غصبته؛ لأن هذه الأشياء قد تقع ثم ترفع[١٥] برافع كالطلاق والإقالة والنكاح الجديد والهبة فيحلف على الحاصل؛ لأنه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا لأنه لو حلف على نفي السبب[١٦] كالبيع ونحوه يكون كاذباً ولو لم يحلف يجب تسليم المبيع العائد إلى ملكه بالإقامة لأنه لو ادعى المعنى الطارئ لم يقبل قوله وإذا حلف على الحاصل فقد أوفى المدعي والمدعى

---

(١) بصفاته: مثل قوله والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمٰن الرحيم الذي يعلم السر ويعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٢٥٩).

(٢) في (ب، ج): (ويزاد بصفاته).

(٣) في (ب، ج): (لذكرها).

(٤) ينظر: التنبيه (١/ ٢٦٧).

(٥) (في): لم ترد في (ب).

(٦) الوثني: الوثن الصنم، سواء كان من خشب أو حجر أو غيره، وينسب إليه من يتدين بعبادته على لفظه وأراد بالوثني المشرك. ينظر: قرة عيون الاخبار (١/ ٣٢٧).

(٧) في (هـ): (الكفار).

(٨) في (هـ): (متهم).

(٩) في (هـ): ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُم لَيَقُولُنَّ اللَّهُ﴾.

(١٠) ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَهُمْ لَيَقُولُنَّ اللَّهُ﴾ (الزخرف: من الآية٨٧)

(١١) لأن القاضي لا يحضرها، بل هو ممنوع عن ذلك. ينظر: الهداية (٣/ ١٥٧). ومجمع الأنهر (٢/ ٢٦٠) لأنها تجمع الشياطين.

(١٢) في (ب): (المبيع).

(١٣) (بائن): لم ترد في (ب).

(١٤) (بالله): لم ترد في (ب، ج).

(١٥) في (ب): (تقع).

(١٦) في (ب): (العيب).

عليه حقهما لعلمنا أن مقصود [د١٨٣و] المدعي من دعوى البيع ونحوه ثبوت الحكم ومتى أمكن إبقاء حقهما كان أولى من إبقاء حق أحدهما وإتاء الآخر هذا عندنا، وعند أبي يوسف: على السبب في جميع ذلك إلا عند تعريض المدعى عليه بأن يقول أيها القاضي قد يبيع الإنسان شيئاً ثم يقيله فحينئذٍ يحلّف القاضي على الحاصل وعنه أنه ينظر القاضي إلى إنكار المدعي عليه أن أنكر السبب يحلف على السبب وإن أنكر الخصم يحلف على الحاصل، وعليه أكثر[١] القضاة، وقال فخر الإسلام: يفوض إلى رأي القاضي كذا في "الكافي". (**إلا إذا ترك النظر**) أي يلزم من يلزم من حلف على الحاصل ترك النظر للمدعي. [ب٦٨و] (**فيحلف على السبب بالإجماع كدعوى شفعة بالجوار ونفقة مثبوتة والخصم لا يراهما**) بأن كان شافعياً إذ لو حلف على الحاصل بالله ما هو مستحق للشفعة أو مالها عليك النفقة يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعى. (**وكذا في سبب**[٢] **لا يرتفع كعبد مسلم يدعي عتقه**) فإنه لا ضرورة[٣] إلى الحلف على الحاصل؛ لأن السبب لا يمكن ارتفاعه، فإن العبد المسلم إذا أعتق لا يسترق ولقائل أن يقول: نعم إذا أعتق مسلماً لا يسترق لكن[٤] يجوز أن يعتق حال كفره فيتكرر[٥] رقه [ج٦٣و] بهذا الاعتبار. (**ومن الأمة والعبد الكافر على الحاصل**)؛ لأنه يتكرر الرق عليها بالردة واللحاق والسبي[٦] وعليه ينقضي العهد واللحاق والسبي فيرتفع السبب فيهما. (**ويحلف**[٧] **على العلم من ورث شيئاً فادعاه آخر**)؛ لأنه لا علم له بما صنع[٨] المورث فلا يحلف على البتات. (**وعلى البتات**) أي على القطع[٩] (**إن وهب له واشتراه**) لوجود [أ١٢١ظ] المطلق لليمين إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعاً وكذا[١٠] [هـ٢٩٥] الهبة. [(**وصح فداء الحلف والصلح منه، ولا يحلف بعده أبداً**) لأنه أسقط حقه][١١].

باب التحالف

(**لو اختلفا في قدر الثمن أو المبيع حكم لمن برهن، وإن برهنا حكم**[١٢]

---

(١) (أكثر): لم ترد في (ب، ج).
(٢) في (ج): (لا سبب).
(٣) في (د): (لا ضررة). ومحذوفة في (د).
(٤) في (ب، ج): (ولكن).
(٥) في (ج): (فتكرر).
(٦) في (هـ): (السب).
(٧) في (و): (فيحلف).
(٨) في (ب، ج): (بما وضع).
(٩) في (ب): (للقطع).
(١٠) في (ب، ج): (كذا).
(١١) ما بين القوسين، لم يرد في (ز).
(١٢) (حكم): لم ترد في (ب).

لمثبت الزيادة) وهو البائع في الأول والمشتري في الثاني .**(وإن اختلفا فيهما)** كما إذا قال البائع بعت هذا بألفين، وقال المشتري: بل بعته من الآخر بألف .**(فحجة البائع في الثمن وحجة المشتري في المبيع أولى، وإن عجزا)** عن إقامة الحجة في أي صورة كانت من الصور المذكورة .**(ولم يرض واحد منهما بما قاله الآخر)** بعد ما قيل لكل واحد منهما [د١٨٤ظ] إما أن ترضى بما قاله صاحبك وإلا فسخنا البيع عليك .**(تحالفا)** لم يقل رضي كل بزيادة يدعيه الآخر وإلا تحالفا لأن شرط التحالف عدم رضى واحد منهما بما قاله الآخر لا عدم رضا كل منهما بما قاله الآخر .**(وحلف المشتري أولاً)** في الصور الثلاث هذا قول محمد وأبي يوسف آخراً وهو رواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح[١]؛ لأن المشتري أشدهما إنكاراً؛ لأنه يطالب أولاً بالثمن أو لأنه تعجل فائدة النكول وهو إلزام الثمن ولو بدأ بيمين البائع تأخر[٢] المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن في المقابضة والصرف بدأ القاضي بأيهما[٣] شاء لاستوائهما، ويحلف كل على نفس ما يدعيه الآخر ولا حاجة إلى ضم إثبات ما يدعيه هو وفي "الزيادات"[٤]: يحلف بضم[٥] الإثبات إلى النفي تأكيداً، والأصح الاقتصار على النفي؛ لأن الايمان على ذلك وضعت .**(وفسخ القاضي البيع)** أي [ب٦٩ظ] بعد التحالف .**(بطلب منهما)** أو[٦] من أحدهما وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح هو الأول ذكره في "الكافي".

(ومن نكل لزمه دعوى الآخر).

يعني إذا اتصل[٧] به القضاء [ز٢١٥و] إذ بدونه لا يوجب شيئاً إما على اعتبار أن النكول بذل فظاهر[٨] وإما على اعتبار أنه[٩] إقرار فلأنه[١٠] إقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجباً بانفراده، ثم اعلم أن التحالف إذا كان قبل القبض أحد[١١] البدلين، فظاهر وهو القياس وإن كان بعده فمخالف للقياس؛ لأن القابض منهما لا يدعي شيئاً على صاحبه وإنما ينكر ما ادعاه الآخر ولكن عرفناه بالنص وهو قوله

---

(١) ينظر: الهداية (٣/ ١٥٩).
(٢) في (ب، ج): (التأخير).
(٣) في (هـ): (أيهما).
(٤) في (هـ): (الزيادة أو يحلف).
(٥) ينظر: الهداية (٣/ ١٥٩).
(٦) في (ب، ج): (أي).
(٧) في (هـ): (انفصل).
(٨) في (ب، ج): (ظاهر).
(٩) (أنه): لم ترد في (ب).
(١٠) (فلأنه): لم ترد في (ب)..
(١١) (أحد): لم ترد في (ب، ج).

ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا»[١] ذكره في "التبيين"[٢] [ج٦٤ظ] .(**ولا تحالف في الأجل**) سواء اختلفا في أصله أو في وصفه خلافاً لزفر والشافعي يتحالفان ويفسخ المبيع ثم اختلفا في الثمن لم يتحالف عندهما والقول للمشتري وعند محمد والشافعي[٣] (**وشرط الخيار**) سواء اختلفا في أصله أو مدته .(**وقبض بعض**[٤] **الثمن وحلف المنكر ولا بعد هلاك المبيع وحلف المشتري**) إن هلك المبيع ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عندهما والقول للمشتري، وعند محمد والشافعي[٥]يتحالفان ويفسخ المبيع على قيمة الهالك وعلى هذا إذا خرج المبيع عن ملكه أو تغير وصار بحال لا يقدر على رده بالعيب له أن كلا منهما يدعي [هـ٢٩٦] عقداً ينكره الآخر، ولهما: أن التحالف بعد قبض المبيع على خلاف القياس ورد الشرع به في حال قيام السلعة[٦] (**ولا بعد هلاك بعضه إلا أن يرضى البائع بترك حصة الهالك**) فحينئذٍ يتحالفان هذا عنده، وقال أبو يوسف[٧]: يتحالفان في الباقي ويفسخ [د١٨٤و] العقد [فيه ولا يتحالفان في الهالك والقول في ثمنه للمشتري، وقال محمد: يتحالفان عليهما ويفسخ العقد][٨] [أ١٢١و] فيها ويرد الباقي وقيمة الهالك هذا على تخريج عامة المشايخ على أن الاستثناء ينصرف إلى التحالف، وقال مشايخ بلخ][٩]: ينصرف إلى يمين المشتري والمعنى لا يتحالفان عنده، ويكون القول قول المشتري مع

---

(١) ينظر: سنن الدارمي (٢/ ٣٢٥) رقم (٢٥٤٩). وسنن أبي داود (٣/ ٢٨٥) رقم (٣٥١١). وسنن الدارقطني (٣/ ٢٠) رقم (٦٥).وكتاب الآثار (١/ ٢٨٢). والمعجم الكبير (١٠/ ١٧٤) رقم (١٠٣٦٥). والمستدرك (٢/ ٥٢) رقم (٢٢٩٣). وسنن البيهقي (٥/ ٣٣٣) رقم (١٠٥٩٤). ومسند الشاشي (١/ ٣٢٨) رقم (٣٠٢). ونصب الراية (٤/ ١٠٥). والدراية (٢/ ١٧٧) وما بعدها رقم (٨٤٣). وقال صاحب معتصر المختصر: "أنه من الأحاديث التي استغنى عن طلب الاسناد فيها لصحتها عند العلماء" (٢/ ١٣٤). وتلخيص الحبير (٣/ ٣١) رقم (١٢٢٢). وقال ابن عبد البر: "وهو منقطع إلا إنه مشهور الأصل ثم جماعة العلماء تلقوه بالقبول وبنوا عليه كثيراً من فروعه". والتحقيق (٢/ ١٨٤).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٣٠٦).

(٣) ينظر: الأم (٦/ ٢٢٧).

(٤) (بعض): لم ترد في (هـ).

(٥) ينظر: التنبيه (١/ ٩٦). والمهذب (١/ ٢٩٤).

(٦) في (ب، ز): (قيام السلعة فلا يتعدى إلى حال هلاك السلعة).

(٧) ينظر: الهداية (٣/ ١٦٠).

(٨) ما بين القوسين، لم يرد في (ب، ج).

(٩) بلخ: مدينة مشهورة بخراسان افتتحها الأحنف بن قيس من قبل عبد الله بن عامر بن كريز في أيام عثمان ﷺ إليها ينسب كثير من العلماء، وهي مدينة واسعة الخيرات، وكانت تسمى الإسكندية قديماً.ينظر: معجم البلدان (١/ ٧٤٩) وما بعدهاومشايخ بلخ (١/ ٢١).

يمينه إلا أن يأخذ البائع الباقي[1] ولا يأخذ شيئاً آخر فحينئذٍ لا يحلف المشتري؛ لأنه إنما يحلف إذا كان منكراً ما يدعيه البائع فإذا أخذ البائع الباقي صلحاً عن جميع ما ادعاه على المشتري فلا حاجة إلى تحليفه.

ويرد عليه: أن الأخذ معلق بمشيئة البائع ولو كان أخذ الباقي بطريق الصلح لكان معلقاً بمشيئتها [ز٢١٨ظ] .(**ولا في بدل**[2] **الكتابة**) [هذا عنده؟ وقالا: يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي][3] (**ولا في رأس**[4] **المال بعد إقالته وصدق المسلم إليه أن حلف**)، لأن [ج٦٩و] الإقالة في باب السلم ليس بيعاً بل هو إبطال من كل وجه فإن رب السلم لا يملك المسلم فيه بالإقالة بل يسقط فلم يكن فيها معنى البيع حتى يتحالفان فاعتبر فيه حقيقة الدعوى والمسلم إليه هو المنكر حقيقة فكان القول له .(**ولا يعود**[5] **والسلم**) بخلاف البيع فإنه ينفسخ الإقالة بعد التحالف[6] ويعود البيع إذا اختلفا في قدر الثمن بعد الإقالة .(**ولو اختلفا في بدل الإجارة أو المنفعة قبل القبض**) أي قبل قبض بدل الإجارة في إحدى الصورتين وقبل قبض المنفعة في الأخرى .(**تحالفا وحلف المستأجر أولاً في الأجرة فالمؤجر في المنفعة**) اعتباراً لمثبت الزيادة .(**وأي نكل ثبت قول**[7] **صاحبه وأي برهن قبل أن برهنا فحجة المؤجر أولى أن اختلفا في الأجرة وحجة المستأجر إن اختلفا في المنفعة، وحجة كل في فصل يدعيه أن اختلفا فيهما وأقاما ولا يتحالفا إن اختلفا**) في قدر الأجرة .(**بعد قبض المنفعة والقول للمستأجر**) لأنه منكراً للزيادة وهذا عندهما ظاهر؛ لأن هلاك [ج٦٤و] العقود عليه يمنع التحالف عندهما، وكذا عند محمد؛ لأن البيع إنما[8] ينفسخ بقيمة الهالك وهنا ليس للمنافع قيمة .(**وبعد قبض بعضها تحالفا وفسخت فيما بقي**) لأن الإجارة تنعقد ساعة فساعة فكأنها تنعقد بعقود مختلفة ففي ما بقي يتحالفان لا فيما مضى. (**والقول للمستأجر فيما مضى**) لأنه المنكر. [د١٨٥ظ] (**وإن اختلف الزوجان في متاع البيت**) ولا بينة لواحد منهما .(**فلها ما صلح لها وله ما صلح له أو لهما مع اليمين، فإن مات أحدهما فالمشكل**) أي ما يصلح لهما [هـ٢٩٧] .(**للحي معه**)

---

(١) (الباقي): لم ترد في (ب).
(٢) في (أ): (بداء).
(٣) ما بين القوسين، لم ترد في (ب، ج).
(٤) في (ب، ج): (أرش).
(٥) في (ب): (ولا بعد).
(٦) في (ز): (حتى يتحالفا).
(٧) في (ب، ج): (قوله).
(٨) (إنما): لم ترد في (ز).

أي مع اليمين هذا عنده وقال أبو يوسف: يدفع إليهما ما يجهز به مثلها والباقي له(١) مع يمينه والحياة والموت سواء لقيام الورثة مقام المورث، وقال(٢) محمد: إن كانا حيين فكما قال أبو حنيفة: وبعد الموت المشكل لورثته .**(وإن كان أحدهما مملوكاً فالكل للحر في الحياة والحي)** [ز٢١٨و] هكذا في عامة الكتب، وفي "شرح الجامع الصغير للسرخسي" إنه سهو، وفي رواية محمود الزعفراني للحر بالبدء .**(بعد الموت)** وقال لا العبد المأذون والمكاتب كالحر(٣).

فصل [فيمن لا يكون خصماً]

[أ١٢٢ظ] (لو قال ذو اليد: هذا الشيء أودعنيه أو أعارنيه أو أجرنيه أو رهنيه زيد أو غصبته منه وبرهن عليه سقط خصومة المدعي) [لأن يد هؤلاء ليست بيد خصومة](٤)، وقال أبو يوسف: إن كان ذو اليد رجلاً [ب٧٠ظ] صالحاً يدفع الخصومة إلا(٥) إن كان معروفاً بالحيل لاحتمال أن يدفع ما في يده إلى من يغيب عن البلد ويقول أودعه عندي بحضرة الشهود كي لا يمكن لأحد الدعوى عليَّ، وقال أبو شبرمة(٦): لا يندفع الخصومة مطلقاً، وقال ابن أبي ليلى: تندفع بلا بينة وهنا قول خامس لمحمد على ما سيأتي ولذلك سميت المسألة مخمسة كتاب الدعوى(٧) **(وإن قال شريته من الغائب)** أقر في هذه الصورة بيد الخصومة فلا

(١) (له): لم ترد في (ب، ج).

(٢) ينظر: الهداية (٣/ ١٦٠) وما بعدها.

(٣) في الهداية: (٣/ ١٦٤) والجامع الصغير للصدر الشهيد وصدر الإسلام وشمس الأئمة الحلواني وفخر الإسلام وقاضيخان وقال شمس الأئمة رحمه الله في شرح الجامع الصغير وكذلك إن مات أحدهما كان المتاع للحر منهما ثم قال: وفي بعض النسخ للحي منهما وهو سهو. ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٣١٣). والدرر (٢/ ٣٤٣). ومجمع الأنهر (٢/ ٢٦٩).

(٤) ما بين القوسين، لم رد في (هـ).

(٥) في (و): (لا).

(٦) هو: أبو شبرمة عبد الله بن شبرمة الضبي فقيه العراق قاضي الكوفة ولد سنة اثنتين وسبعين وتوفي سنة أربع وأربعون ومائة، قال حماد بن زيد: ما رأيت كوفياً أفقه من ابن شبرمة. ينظر: مشاهير علماء الأمصار (١/ ١٦٨) رقم (١٣٣٣). ومولد العلماء ووفياتهم (١/ ٣٣٧) وما بعدها. وطبقات الفقهاء (١/ ٨٥). وسير أعلام النبلاء (٦/ ٣٤٧) وما بعدها رقم (١٤٩). والنجوم الزاهرة (١/ ٣٥٤) وما بعدها.

(٧) للاشتمال على قول الإمام أبي يوسف ومحمد وابن أبي ليلى وابن شبرمة كما ترى أولاً صورها خمس وديعة، وإجارة، وإعارة، ورهن، وغصب، كما في أكثر الكتب. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٢٧١).

تسقط[١] عنه[٢] **(وقال[٣] المدعي: غصبته أو سرقته أو سرق مني)** لا[٤]؛ لأنه إنما صار خصماً بدعوى العقل[٥] عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق فإنه خصم فيه باعتبار يده .**(وإن برهن ذو اليد على إيداع زيد)** هذا عندهما خلافاً لمحمد. **(كما لو قال الشهود: أودعه من لا نعرفه)** لاحتمال أن يكون هذا الذي أودعه عنده .**(بخلاف قولهم نعرفه بوجهه لا باسمه ونسبه)**؛ لأنهم عالمون بأن المودع ليس هو المدعي هذا عنده، وقال محمد: لا يسقط الخصومة؛ لأنه ما أحال إلى معين يمكن المدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به .**(ولو قال اشتريته من زيد وقال ذو اليد أودعنيه هو سقطت بلا حجة)**؛ لأنهما متوافقان على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها إلى يد ذي اليد من جهته فلا تكون يده يد خصومة .**(إلا إذا برهن المدعي أن زيداً أوكله بقبضه)** لأنه أثبت ببينة كونه أحق بإمساكها [ج٦٥ظ] .

[ج٦٥ظ] باب

[د١٨٥و] في دعوى الرجلين

(حجة[٦] الخارج في الملك المطلق أحق من حجة ذي اليد) خلافاً للشافعي. **(وإن[٧] وقت أحدهما فقط)** [ز٢١٧ظ] خلافاً لأبي يوسف فإنه يقول: "صاحب الوقت أحق"[٨]. **(ولو برهن خارجان على شيء قضى به لهما)** هذا عندنا، وعند الشافعي في أحد قوليه: تهاترت[٩] البينات .**(وإن برهنا[١٠] في نكاح[١١] سقطا)** لتعذر الجمع .**(وهي لمن صدقته)** هذا إذا لم يؤسفا. [هـ٢٩٨] **(وان[١٢] أرخا فالسابق أحق وإن أقرت لمن لا حجة له فهي له فإن برهن الآخر قضى له به)** لأن البينة أقوى من الإقرار .**(وإن برهن أحدهما وقضى له، ثم برهن الآخر لم يقض له**

---

(١) في (ب، ج): (ولا تسقط).

(٢) وكذا إذا قال سرق مني وقال ذو اليد أودعنيه لا يسقط عند أبي حنيفة وأبو يوسف ومحمد يسقط.

(٣) في (أ، ب، ج): (أو قال).

(٤) (لا): لم ترد في (أ).

(٥) في (ز): (العفل).

(٦) (حجة): لم ترد في (ب).

(٧) في (ب، ج): (ان).

(٨) ينظر: الهداية (٣/ ١٦٨).

(٩) تهاترت: تهاترت الشهادات تساقطت وبطلت، وتهاتر القوم: ادعى كل منهم على صاحبه باطلاً، وهو مأخوذ من الهتر السقط من الكلام والخطأ فيه، وقيل كل بينة لا تكون حجة شرعاً فهي من التهاتر. ينظر: المغرب (٢/ ٣٧٧). والمصباح (٢/ ٦٣٣). واللسان (٥/ ٢٤٩).

(١٠) في (ب): (هنا).

(١١) في (ب، ج): (النكاح).

(١٢) في (هـ، ز): (فإن).

إلا إذا أثبت سبقه كما لو يقض بحجة الخارج على ذي يد ظهر نكاحه إلا إذا أثبت سبقه) أي إذا كانت امرأة في يد رجل ونكاحه ظاهر وادعى الآخر إنها زوجته وأقام البينة لم يقض له إلا إذا ثبت أن نكاحه أسبق .**(وإن برهنا على شراء شيء من ذي يد فلكل نصفه بنصف الثمن أو تركه)** أي لكل واحد منهما الخيار إن شاء [ب٧٠و] أخذ نصف ذلك الشيء بنصف الثمن وإن شاء ترك .**(وبترك أحدهما بعدما قضى لهما لم يأخذ الآخر كله وهو[١] للسابق إن أرخا)** أي ذكراً للشراء من ذي اليد تأريخاً. **(وللمدعي ذي يد إن لم يورخا أو أرخَ أحدهما ولذي وقت إن وقت أحدهما ولا يد لهما)** أي إن أرخا فالسابق أحق وإن لم يورخا أو أرخ أحدهما فإن كان في يد[٢] أحدهما فذو اليد أولى، وإن [أ١٢٢و] لم يكن في يد أحدهما فإن وقت أحدهما فهو أحق، وإن لم يوقت واحد منهما فقدمت أن لكل نصفه بنصف الثمن أو تركه. **(والشراء أحق من هبته وصدقته مع قبض)** أي قال أحدهما : اشتريته من زيد، وقال الآخر: وهبه لي زيد وقبضه أو تصدقه عليّ زيد وقبضته فبرهنا فمدعي الشراء أحق. **(والشراء والمهر سواء ورهن مع قبض أحق من هبة معه، فإن برهن خارجاً على ملك مورخ أو شراء مورخ من واحد، أو خارج على ملك مورخ وذو يد على ملك اقدام فالسابق أحق وإن برهنا على شراء متفق تأريخهما من آخر)** أي قال أحدهما : اشتريته من زيد، وقال الآخر: اشتريته من عمرو .**(أو وقت أحدهما فقط استويا)** فالحاصل أنه إذا وقت أحدهما فقط وتلقيا من واحد وصاحب الوقت أحق [د١٨٦ظ] وإن تلقيا من اثنين فهما[٣] سواء. [ز٢١٧و] **(وإن برهن خارج على الملك وذو اليد على الشراء منه، أو برهنا على سبب ملك لا يتكرر كالنتاج وحلب لبن واتخاذ جبن أو لبد[٤] أو جز صوف فذو اليد أحق ولو برهن كل على شراء من الآخر بلا وقت)** إنما قال بلا وقت إذ لو أرخا لا يكون الجواب على ما ذكر بل على التفصيل الذي ذكر في "الهداية"[٥]. **(سقط[٦] وترك المال في يد من معه)** لا على وجه القضاء هذا عندهما [ج٦٥و] وقال محمد: إن ذكر الشهود القبض تقبل البينات وهو[٧] يقضي[٨] بجواز[٩] الشرائين ويجعل القبض الموجود لآخر العقدين فيقضي به لذي اليد ويجعل

---

(١) (وهو): لم ترد في (ب، ج). وبدلها: (كلا).
(٢) في (ب): (يد).
(٣) في (ز): (وهما).
(٤) لبد: الصوف. ينظر: العين (٨/ ٤٤). ومختار الصحاح (١/ ١١٩). والقاموس المحيط (١/ ٤٠٤).
(٥) ينظر: الهداية (٣/ ١٦٩).
(٦) في (ب): (سقط).
(٧) (وهو): لم ترد في (أ).
(٨) في (أ): (ويقضى).
(٩) في (و): (من جواز).

كأن ذي اليد باعه وسلمه وإن لم يذكر والقبض قضي للخارج ويجعل كأنه باعه وسلمه ثم ذو اليد باعه ولم يسلمه ويؤجر بالتسليم كذا في "الحقائق"[(١)] على وفق ما في "مبسوط السرخسي". ولهما: أن الإقدام على[(٢)] [هـ٩٩] الشراء إقرار[(٣)] منه بالملك للبائع فصار كأنهما تأمنا على الإقرارين وفيه التهاتر بالإجماع، كذا ها هنا إن شئت زيادة تفصيل في هذا المقام على وجه يضبط به الأقسام فاستمع [ب٧١ظ] هذا المنقول من "الذخيرة": إن برهن المدعيان فإن كان تأريخ أحدهما سابقاً [فهو أحق وإن لم يكن سواء لم يورخا][(٤)] أو أرخا ولم يكن أحدهما سابقاً فإن كان كل منهما متساويان[(٥)] وكذا إذا كان كل منهما خارجاً في الملك المطلق[(٦)] سبب إذا تلقيا من واحد وأرخ أحدهما فقط فإنه أحق وإن كان أحدهما ذا يد والآخر خارجاً فالخارج أحق في الملك المطلق شاملاً للصور المذكورة إلا إذا ادعيا الملك المطلق[(٧)] فعلاً كما إذا قال هو عبدي أعتقته أو دبرته فذو اليد أحق، بخلاف ما إذا قال: كل واحد هو عبدي كاتبته فهما سواء لأنهما[(٨)] خارجان إذ لا يد على المكاتب بخلاف المعتق[(٩)] فإنه في يد المولى[(١٠)] إذا كان صغيراً ولو قال أحدهما: هو عبدي [ز٢٢٠ظ] كاتبته، وقال الآخر: دبرته[(١١)] أو أعتقته فهذا أولى، فالضابط أن كل بينة تكون أكثر إثباتا فهو أحق، هذا في الخارج وذي اليد في الملك المطلق، أما في الملك بسبب فإن ذكر سبباً واحداً فإن تلقيا من واحد فذو اليد أحق وإن تلقيا اثنين فالخارج أحق شاملاً للصورة المذكورة وإن ذكرا سببين كالشراء والهبة وغير ذلك

---

(١) ينظر: والمبسوط (١٧/ ٦٠) وما بعدها. تبيين الحقائق (٤/ ٣٢٢).

(٢) (على): مكررة في (هـ).

(٣) في (ب): (بإقرار).

(٤) ما بين القوسين، لم يرد في (ب، ج).

(٥) في (ز): (مساويان).

(٦) (المطلق): لم ترد في (ب، ج).

(٧) (المطلق): لم ترد في (ب، ج).

(٨) في (ب، ج): (فإنهما).

(٩) مسألة غريبة تدل على ثبوت اليد على المعتق دون المكاتب ذكرها صاحب النهاية في (باب نكاح الرقيق) وهي هذه لزوج المولى مكاتبة الصغيرة توقف النكاح على إجارتها لأنها ملحقة بالبالغة فيما بنى على الكتاب ثم إنها لو لم ترد حتى أدت بدل الكتابة فعتقت بقي النكاح موقوفاً على إجازة المولى لا على إجازتها لأنها بعد العتق لم يبق مكاتبة وهي صغيرة والصغيرة ليست من أهل الإجازة، قال صاحب الخلاصة: هذا من ألطف المسائل وأعجبها حيث اعتبر اجازة المكاتبة في حالة الكتابة ولم يعتبر في حالة العتق [د١٨٦ظ].

(١٠) في (و): (المودع).

(١١) في (د): (ديونه).

ينظر إلى قوة السبب كما في المتن [د١٨٦و] .**(ولا يرجح بكثرة الشهود)**؛ لأن الترجيح بقوة الدليل لا بكثرته. [أ١٢٣ظ] **(وإن ادعى أحدهما خارجين نصف الدار والآخر كلها فالربع للأول وقالا الثلث والباقي للثاني)** اعتبر أبو حنيفة طريق المنازعة فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم[١] له أو استوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف بهما، واعتبرا[٢]: طريق العول[٣] والمضاربة فصاحب الجمع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم أثلاثاً .**(وإن كانت[٤] معهما فهي للثاني نصف بقضاء ونصف لا به)** فإن الدار إذا كانت في يدهما[٥] يكون عنه في يد كل منهما نصفا[٦] فالنصف الذي في يد مدعي الكل لا يدعيه الآخر فيترك في يده والنصف الذي في يد مدعي النصف يدعيه كل منهما ومدعي الكل خارج وبينة الخارج أولى .**(وإن برهنا على نتاج دابة وأرخا قضى لمن وافق وقته سنها)** ولا فرق في ذلك أن تكون الدابة في أيديهما أو يد أحدهما أو في يد ثالث [ج٦٦ظ]؛ لأن المعنى لا يختلف بخلاف ما إذا كانت الدعوى في النتاج من غير تأريخ حيث يحكم بها لذي اليد إن كانت في يد أحدهما أو لهما إن كانت في أيديهما أو في يد ثالث ذكره[٧] في "التبيين"[٨]. **(وإن أشكل فلهما وإن[٩] خالف وقتهما بطلتا)**[١٠] فيترك الدابة في يد من كانت في يده. [هـ٣٠٠] **(وإن برهن أحدهما خارجين على غصب شيء والآخر على وديعة استويا)** لأن المودع إذا جحد الوديعة صار غاصباً وإقامة الحجة على الوديعة تتضمن جحد ذي اليد إياها.

---

(١) في (ب): (فلو سلم).
(٢) في (أ، ز): (واعتبر).
(٣) العول: عول الفريض، وهو أن تزيد سهامها فيدخل النقصان على أهل الفرائض، قال أبو عبيدة: أظنه مأخوذاً من الميل، وذلك أن الفريضة إذا عالت فهي تميل على أهل الفريضة جميعاً فتنقصهم، وعالت الفريضة أي ارتفعت وزادت. ينظر: لسان العرب (١١/ ٤٨٤).
(٤) في (هـ): (كان).
(٥) في (ب): (أيديهم). وفي (ج): (أيديهما).
(٦) في (ب): (نصف). وفي (هـ): (نصفان).
(٧) ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٣٢٤).
(٨) في (أ): (ذكره الزيلعي).
(٩) في (ب): (وامن).
(١٠) في (ز): (بطلت).

[فصل في التنازع بالأيدي]

[ز٢٢٠ظ] **(واللابس أحق من آخذ الكم والراكب من آخذ اللجام، ومن في السرج من رديفه وذو حملها ممن علق كوزة منها)**[١] أي صاحب اليد في هذه الصورة هو الأولى[٢] **(وجالس البساط والمتعلق[٣] به سواء[٤] كمن معه ثوب وطرفه مع آخر والقول لصبي يُعبُر)** أي يتكلم ويفعل ما يقول .**(في أنا حر)**، لأنه في يد نفسه .**(وإن قال: أنا عبد فلان قضى لمن في يده)**؛ لأنه أقر بأنه لا بد له من حيث أقر بالرق .**(كمن لا يعبر)** لأنه بمنزلة المتاع فإن قلت أليس في الإنسان الحرية، قلت: ما هو الأصل إذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل ذلك[٥] الأصل في واليد على من هذا شأنه دليل على خلاف ذلك في الأصل لأنها دليل الملك فيبطل[٦] به ذلك الأصل، كذا ذكره[٧] في الفوائد الظهيرية[٨] [د١٨٧ظ]. **(والحائط لمن جذوعه[٩] عليه أو متصل ببنائه اتصال تربيع)** تفسير التربيع على ما ذكر في "الذخيرة" : إذا كان الحائط من مدار واجر أن يكون إنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخله في إنصاف غير المتنازع فيه وإذا[١٠] كان من خشب بأن[١١] يكون[١٢] ساجة أحدهما[١٣] مركبة في الأخرى وإنما سمي اتصال تربيع؛ لأن مثل هذا الاتصال يكون فيما[١٤] بنى مربعاً .**(لا لمن عليه هرادي)** الهرادي[١٥]: وهي[١٦] هردية قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم فترسل عليها قصبات الكرم

(١) (منها): لم ترد في (ب).

(٢) أي لو تنازعا ثوباً أحدهما لابس والآخر آخذ بكمه وغيره من الأطراف ولا بينة لهم فاللابس أولى من الآخذ في كونه صاحب اليد؛ لأنه متصرف ومستعمل. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٢٨١) وما بعدها.

(٣) في (ب، ج): (والمعلق).

(٤) (سواء): لم ترد في (ب).

(٥) (ذلك): مكرر في (ب).

(٦) في (ز): (فتبطل).

(٧) (ذكره): لم ترد في (ب، ج).

(٨) الفوائد الظهيرية في الفتاوى: لظهير الدين محمد بن أحمد بن عمر (ت٦١٩هـ) جمع فيها فوائد الجامع الصغير الحسامي واتمه في ذي الحجة سنة (٦١٨هـ)وهي غير الفتاوى الظهيرية.ينظر: طبقات الحنفية (١/ ٢٠)رقم (٥٣) وكشف الظنون (٢/ ١٢٩٨).

(٩) الجذع: واحد جذع النخلة،وقيل:هو ساق النخلة،وقيل: لا يبين لها جذع حتى يبين ساقها. ينظر:لسان العرب (٨/ ٤٥).

(١٠) في (هـ): (وان).

(١١) في (أ): (فإن).

(١٢) في (أ): (كان).

(١٣) (أحدهما): لم ترد في (أ، هـ).

(١٤) في (ب، ج): (في ما).

(١٥) في (هـ): (هردية).

(١٦) (وهي): لم ترد في (ب).

كذا في "ديوان الأدب"[١] . (**بين الجارين لو تنازعا**) أي يكون الجدار بينهما إذا تنازعا ولأحدهما عليه هرادي دون الآخر .(**وذو بيت من دار كذي بيوت منها في حق ساحتها**)[٢] لاستوائهما في استعمالها وهو المرور .(**أرض ادعى شخص إنها في يده وآخر كذلك وبرهنا قضى بينهما، وإن برهن أحدهما أو كان لبّن فيها أو بنى أو حفر قضى بيده**) لوجود التصرف والاستعمال فيها .

باب دعوى النسب

[أ١٢٣و] (**مبيعة ولدت لأقل من نصف حول منذ بيعت فادعى البائع الولد ثبت نسبه منه وأميتها ويفسخ البيع ويرد الثمن إن لم يدع المشتري قبله**) هذا عند الثلاثة، وعند زفر والشافعي[٣] [ز٢٩٩ظ]: دعواه باطلة؛ لأن البيع اعتراف منه بأنه عبد فكأنه مناقضاً في الدعوى ولا نسب بدون الدعوى. ولهم: أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه؛ لأن الظاهر عدم الزنا [ج٦٦و] ومبنى النسب[٤] على الخفاء فيعفى فيه التناقض، وإذا صحت الدعوى استندت إلى وقت [ب٧٢ظ] العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع وترد الثمن؛ لأنه قبض بغير حق .(**وإنما قال**) إن لم يدع المشتري فعليه لأنه حينئذٍ يثبت نسبه منه لوجود المجوز[٥] وهو الملك[٦] [هـ٣٠١] ويثبت لها امومية الولد بإقراره ثم لا تصح دعوة البائع بعده؛ لأن النسب لا يحتمل الابطال والانتقال ولا يتعين الحمل على أن المشتري نكحها واستولدها ثم اشتراها إذ يحتمل أن يكون المشتري مالكها قبل ذلك ويكون العلوق في ذلك، نعم لو اشترط في المسألة أن البائع اشترى الجارية وباعها بعد سنتين لسقط هذا الاحتمال فإن قلت: لا يثبت اتصال العلوق بملكه لما ذكر من الاحتمال، قلت: الآن حصحص الحق وتبين أنه لا بد في صورة المسألة

---

(١) ديوان الأدب في اللغة: لإسحاق بن إبراهيم الفاريابي خال الجوهري المتوفى سنة (٣٥٠هـ)، وهو كتاب معتبر، وهو على خمسة أقسام، وقد لخصه وهذبه حسن بن مظفر النيسابوري (ت٤٤٢هـ).ينظر كشف الظنون (١/ ٧٧٤).

(٢) أي الساحة نصفان بينهما لاستوائهما في الاستعمال وهو المرور فيها والتوضئ وكسر الحطب ووضع الأمتعة ونحو ذلك فصارت نظير الطريق بخلاف ما إذا تنازعا في الشرب حيث يقسم بينهما على قدر أراضيهما. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٢٨٣) وما بعدها.

(٣) ينظر: الهداية (٣/ ١٢٧).

(٤) (النسب): لم ترد في (ب).

(٥) في (ب، ج): (المحذور).

(٦) في (ب، ج): (ملك).

قيد زائد على ما [د١٨٧و] خرج به صاحب "الخلاصة". **(وكذا لو ادعاه بعد موت الأم)** ويرد كل الثمن عنده وحصته الولد فقط عندهما. **(بخلاف موت الولد)** لأن الولد أصل في ثبوت النسب ولم يثبت بعد الموت لعدم الحاجة. **(ولو ادعاه بعد عتقها يثبت نسبه ويرد حصته من الثمن)** أي لو ادعى البائع الولد أنه ولده بعدما أعتق المشتري الأم وقد جاءت به لأقل من نصف حول يثبت نسب الولد ويرد البائع حصته من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمتها يعتبر قيمة الأم يوم القبض؛ لأنها دخلت في ضمانة بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة؛ لأنه صار القيمة بالولادة فيعتبر قيمته عند ذلك، ذكره[1] في "التبيين"[2]. **(وبعد عتقه ردت دعواه)** لما ذكرنا أن الولد هو الأصل. **(كما لو ولدت لأكثر من نصف حول وأقل من سنتين أو أكثر منها إلا إذا صدقه المشتري في حكم الثاني)** وهو ما إذا ولدت لأكثر من نصف [ز٢١٩و] حول وأقل من سنتين. [**(كالأول)** وهو ما إذا ولدت[3] لأقل من نصف حول. **(وفي الثالث)** وهو ما إذا ولدت لأكثر من سنتين][4] **(لم يبطل بيعه)** ولا يعتق الولد ولا تصير الأمة أم ولد له؛ لأن العلوق حادث بعد البيع ولا يستند إلى ما قبل البيع حتى يبطل. **(وهي أم ولده)** على المعنى اللغوي. **(نكاحاً)** أي يحمل[5] على الاستيلاء بالنكاح حملاً لأمره على الصلاح. **(ولو باع من ولد عنده ثم ادعاه بعد بيع مشتريه صح نسبه ورد بيعه)**؛ لأن البيع يحتمل النقض وما له من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لأجله. **(وكذا لو كاتب الولد)** أي اشترى أمه مع ولدها وكاتب الولد. **(أو رهنه أو آجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ثم ادعاه)** لأن هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف [ب٧٢و] الإعتاق والتدبير على ما هو. **(ولو باع أحد توأمين)** [أ١٢٤ظ] قد مر تفسير التوأمين في مسألة النفاس. **(ولدا عنده واعتقه مشتريه ثم ادعى البائع الآخر [ج٦٧ظ] ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشتري)** لأن من ضرورة ثبوت نسب

---

(١) في (أ): ذكره الزيلعي. وينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٣٣٠).

(٢) في الهداية: يرد كل الثمن في الصحيح كما في الموت وذكره في المبسوط برد حصته من الثمن لا حصتها بالاتفاق، وفرق على هذا بين الموت والعتق. ينظر: الهداية (٣/ ١٧٣). والدرر (٢/ ٣٥١).

(٣) ففي القسم الثاني يثبت نسبه وأميتها ويفسخ البيع ويرد الثمن كما في القسم الأول.

(٤) ما بين القوسين، لم يرد في (ب).

(٥) في (أ): (يحتمل).

أحدهما ثبوت الآخر .**(ولو قال لصبي)** ترك **(معه)**؛ لأنه ليس بشرط ذكره[١] في "التبيين"[٢] **(هو ابن زيد ثم قال: هو ابني لم يكن ابنه وإن جحد زيد بنوته)** هذا عنده، وقالا [هـ٣٠٢]: إن جحد زيد بنوته وهو ابن للذي معه؛ لأن[٣] الإقرار بالنسب يرتد بالرد وإن كان لا يحتمل النقض له أن النسب مما لا يحتمل النقض [د٨٨ظ] بعد ثبوته والإقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فيمتنع دعوته .**(ولو كان مع مسلم وذمي فقال المسلم هو عبدي وقال الذمي هو ابني فهو ابن للذمي وحر)** أي ثبت نسبه من الذمي حتى يثبت له الحرية ويكون مسلماً؛ لأن حكمه حكم دار الإسلام، كذا في "التحفة"[٤]، وإنما لم يقل فهو حر ابن للذمي؛ لأن المتفرع على الدعوة وهو البنوة وأما الحرية فبواسطتها .**(ولو قال زوج امرأة لصبي معها[٥] هو ابني من غيرها وقالت[٦] ابني من غيره فهو ابنها إن ادعيا معاً)** وإلا فعلى التفصيل الذي ذكره في" شرح الطحاوي" .**(ولو ملك أمة)** بأي سبب كان ذكره "التبيين"[٧] **(فولدت منه)** لابد من هذا القيد .**(واستحقت عنه غرم[٨] الأب)** أي للمستحق [ز٢٢٢ظ] .**(قيمة الولد يوم الخصومة)**؛ لأنه يوم المنع .**(وهو حر)**؛لأنه ولد المغرور من يطأ امرأة متعمداً[٩] على ملك يمين أو نكاح فتلد ثم استحق وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة[١٠]، وإنما سمي مغروراً إذ غره عمن ملكه.

---

(١) في (أ): (ذكره الزيلعي).
(٢) ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٣٣٣).
(٣) في (أ، ج، هـ، ز): (لأن الإقرار كأن لم يكن والإقرار بالنسب يرتد بالرد).
(٤) لم أقف عليه في التحفة.
(٥) في (ز): (ولو رفع امرأة لصبي معها).
(٦) في (ب، ج): (فقالت).
(٧) في (أ): (ذكره الزيلعي). وينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٣٣٤).
(٨) (غرم): لم ترد في (ب).
(٩) في (ب، ج، هـ): (معتمد).
(١٠) بإجماع الصحابة: قال في نصب الراية غريب، وفي الدراية لم أجده هكذا صريحاً فقد روى ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب البيوع: عن عامر عن علي في رجل اشترى جارية فولدت منه أولاداً ثم أقام رجل البينة أنها له قال: ترد عليه ويقوم ولدها فيغرم الذي باعها ما غررها. وعن سليمان ابن يسار أن أمة أتت قوماً فغرتهم وزعمت أنها حرة فتزوجها رجل فولدت منه أولاداً فوجدها أمة فقضى عمر بقيمة أولادها في كل مغرور غرة. وعن سعيد عن قتادة عن خلاس أن أمة أتت طيئاً فزعمت أنها حرة فتزوجها رجل ثم أن سيدها ظهر عليها فقضى عثمان أنها وأولادها لسيدها وحيل لزوجها ما أدرك من متاعه وجعل فيهم السنة في كل رأس رأسين. وعن شيبة بن نصاح عن سعيد بن المسيب قال: في ولد كل مغرور غرة. وفي "الموطأ في كتاب الأقضية" قال يحيى: سمعت مالك يقول والقيمة أعدل في هذا إنشاء الله. ينظر: مصنف ابن أبي شيبة، في الأمة تزعم أنها حرة (٤/ ٣٦١) أرقام (٢١٠٦٠، ٢١٠٦١، ٢١٠٦٢). والموطأ (٢/ ٧٤١) وما بعدها رقم (١٤٢١). ونصب الراية (٤/ ١١٠). والدراية (٢/ ١٧٩).

(فلو مات الولد) تفريع على قوله يوم الخصومة .**(قبلها)** لا بد من هذا القيد إذ لو مات بعد الخصومة يغرمه لتحقق المنع منه .**(فلا شيء عليه)** وتركته له لأنه حر الأصل في حقه فيرثه .**(وإن قتله هو أو غيره فأخذ ديته)** لابد من هذا القيد .**(غرم قيمته)** أما في الصورة الأولى فلوجود المنع وأما في الثانية فلأن سلامة بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه .**(ورجع بها على بائعه أن ملكه بالشراء)** لأنه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنها .**(لا بالعقر)**[1] الذي أخذ منه المستحق لأنه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به وفيه خلاف الشافعي.

(١) في (أ): (لا بالعقد).

كتاب الإقرار

(**هو إخبار ثبوت حق**[1] **عليه**) قال صاحب الهداية في " مختارات النوازل"[2]: الإقرار هو الإثبات لغة، يقال قر الشيء [إذا ثبت][3]. وفي الشرع[4]: هو إخبار عما كان ثابتاً قبله وهو يحتمل[5] الصدق والكذب [ب٧٣ظ]. (**لا إنشاؤه**) حقه[6] أن يذكر ها هنا ولا بعد قوله .(**فحكمه ظهور المقر به**) لأن الاشتباه في أن الإقرار نفسه إنشاء لا في أن حكمه إنشاء .(**فصح الإقرار بالخمر للمسلم**) لو كان الإقرار إنشاء وحكمه[7] الثبوت لما صح ذلك؛ لأنه لا يصح تمليك الخمر للمسلم[8] (**لا بطلاق أو عتق مكرها**) ولو كان إنشاء يصح[9]؛ لأن طلاق المكره وإعتاقه[10] واقعان عندنا .(**ولو أقر مكلف**) ترك قيد الحرية [ج٦٧و] لعدم الحاجة إليه في [د١٨٨و] صحة مطلق الإقرار إنما الحاجة إليه في صحة الإقرار مطلقاً والفرق واضح .(**بحق معلوم أو مجهول صح**) لما عرفت[11] أنه اظهار لما عليه من الحق وقد يكون [أ١٢٤و] ما عليه مجهولاً . [هـ٢٠٣] (**ولزمه بيان ما جهل بما له قيمة وصدق مع حلفه إن ادعى المقر له أكثر منه بلا حجة ولا يصدق في أقل من درهم في على مال ومن النصاب في مال عظيم من الذهب أو**

---

(١) في (ب): (حقه).

(٢) مختارات النوازل: كتاب في فروع الحنفية للإمام أبي الليث نصر بن محمد السمرقندي (ت٣٧٣هـ) ذكر فيه إنه جمع من كلام محمد بن شجاع الثلجي، ومحمد بن مقاتل الرازي، ومحمد بن سماعة وغيرهم، حيث قال: واوردت في النوازل من أقاويل المشايخ وشيئاً من أقاويل أصحابنا ما لا رواية منهم في الكتاب ليسهل على الناظر فيها طريق الاجتهاد.ينظر: كشف الظنون (١٩٨١/٢).

(٣) ما بين القوسين، لم يرد في (ب).

(٤) في (أ، د، هـ، ز): (الشريعة).

(٥) في (أ): (تحمله).

(٦) في (ب، ج): (وحقه).

(٧) في (أ): (وحكم).

(٨) ولو كان الإقرار انشاء لما صح؛ لأن المسلم لا يصلح له تمليك الخمر، وفي المحيط لو أقر بخمر للمسلم يصح ويؤمر بتسليمها إذا طلب استردادها، ولو أقر بخمر مستهلك لمسلم لا يصح؛ لأنه لا يجب للمسلم بدل الخمر. ينظر: مجمع الأنهر (٢٨٩/٢).

(٩) (يصح): لم ترد في (هـ). وفي (أ، د، ز): (لصح).

(١٠) في (ب): (واعتاق).

(١١) في (هـ): (عارفه).

من الفضة[١] **ومن خمسة وعشرين من الإبل ومن قدر النصاب قيمة في غير مال الزكاة، ومن ثلاثة أموال عظام كثيرة عشر)** [ز٢٢٢و] هذا عنده؛ لأن العشرة أكثر ما يذكر بلفظ الجمع فكان هو الأكثر من حيث اللفظ فيصرف إليه وما لا يصدق في أقل من مائتين .(**وكذا درهماً درهم**) وكذا في "الهداية"[٢] وفي "التتمة" و"الخانية"[٣] لو قال كذا ديناراً [عليه ديناران][٤]؛ لأن كذا كناية عن العدد وأقل العدد اثنان[٥]ويرد عليه أن هذا هو العدد اصطلاحاً، والكناية بكذا لا يختص به كما لا يخفى [وكذا أحد عشر][٦] (**وكذا وكذا واحد وعشرون**)؛ لأن كذا وكذا كناية عن العددين وأقل عددين يذكران بغير واو أحد عشر وأقل عددين يذكران بالواو واحد وعشرون،(**ولو ثلث بلا واحد عشر حملاً**) للواحد منها على التكرار إذ لا نظير له سواه .(**ومع واو فمئة واحد ثلث بلا واو واحد عشر حملاً**) للواحد منها على التكرار إذ لا نظير له سواه .(**ومع واو فمئة واحد وعشرون وإن ربع**) أي مع الواو .(**وزيد ألف وعليّ وقبلي إقرار بدين**)؛ لأن عليّ صيغة إيجاب وقبلي ينبى عن الضمان .(**وصدق إن وصل به هو وديعة وإن فصل لا**)؛ لأن اللفظ يحتمله مجازاً حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فتصدق موصولاً لا مفعولاً كالاستثناء والتخصيص .(**وعندي أو معي، أو في بيتي أو كيس أو صندوق أمانة**[٧] **وقوله لمدعي الألف اتزنها أو انتقدها، أو أجلني بها أو قضيتكها أو أبرأتني أو تصدقت بها عليّ أو وهبتها أو أحلتك بها على زيد إقرار**) [و١٥٧و]؛ لأن الهاء في

---

(١) لأن النصاب عظيم يجعل صاحبه غنياً، هذا قولهما ورواية عن الإمام وعنه أنه يصدق في عشرة دراهم لأنها مال عظيم حتى يقطع بها اليد ويستباح البضع، وقيل الأصح على قول الإمام لأنه بني على حال المقر في الفقر والغنى فإن القليل ثم الفقير عظيم وإضعاف ذلك ثم الغني ليس بعظيم وكما أن المال بين مال عظيم في حكم الزكاة فالعشرة مال عظيم في قطع السرقة. ينظر: المبسوط (١٨/ ٩٨).

(٢) ينظر: الهداية (٣/ ١٧٧).

(٣) يراجع تتمة الفتاوى والخانية (٣/ ١٣٦).

(٤) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).

(٥) وفي "شرح المختار" يلزمه عشرون وهو القياس؛ لأن كذا يذكر العدد عرفاً وأقل عدد غير مركب يذكر بعده الدراهم بالنصب عشرون ولو ذكره بالخفض روى عن محمد يلزمه مائة، ولو قال له عليَّ درهم عظيم يلزمه درهم واحد، ولو قال عليَّ دريهم يلزمه درهم تام؛ لأن التصغير قد يذكر على سبيل الاستقلال فلا ينقص عن الوزن والمعتبر هو الوزن المعتاد في كل زمان ومكان. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٢٩١). وحاشية ابن عابدين (٥/ ٥٩٢).

(٦) ما بين القوسين، لم يرد في (و).

(٧) لأن هذه المواضع محل العين لا الدين إذ محله الذمة فتكون يحتمل أن تكون مضمونة وأمانة الأمانة أدنى فحمل عليها والعرف يشهد له. ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٥٩٣).

الأول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى والتأجيل إنما يكون في حق واجب القضاء يتلوا [ب٧٣و] الوجوب ودعوى الإبراء كالقضاء، وكذا في دعوى الصدقة والهبة؛ لأن التمليك يقتضي سابقية الوجوب، وكذا دعوى الحوالة لأنها تحويل دين .(**وبلا ضمير لا**) أي لا يكون إقراراً لعدم انصرافه إلى المذكور فيكون كلاماً مبتدأ فلا يلزمه بشيء. [د١٨٩ظ] (**ومئة درهم كلها دراهم، وفي مئة وثوب ومئة وثوبان تفسر المئة والمرجع**[1] **في تفسير المئة**) إليه وهو القياس في الأول [ز٢٢١ظ] وبه قال الشافعي؛ لأن المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير له فبقيت المائة على إبهامها كما في الثاني.

وجه الاستحسان: وهو الفرق أنهم يستثقلون تكرار[2] الدراهم [ج٦٨ظ] فيما يكثر استعماله وذلك في الأثمان والمكيل والموزون وفيما عداه بقي على الحقيقة. (**ومائة وثلاثة أثواب كلها ثياب**) لأن الأثواب لم يذكر بحرف العطف فانصرف التفسير إليها لاستوائهما في الحاجة إليه .(**والإقرار بدابة في اصطبل يلزمها فقط وخاتم حلقته وفصه**) من باب العطف على [هـ٢٠٤] معمولي عاملين مختلفين والمجرد مقدم وكذا قوله .(**وسيف جفنه**[3] **وحمائله**[4] **ونصله**[5] **وحجلة**)[6] وهي لبيت مزين [أ١٢٥ظ] بالثياب والسرير .(**العيدان**[7] **والكسوة**[8] **وتمرة**[9] **في قوصرة**[10] **إياهما كثوب في منديل**[11] **أو في ثوب وثوب في عشرة أثواب واحد**)

---

(١) في (ب، ج): (فالمرجع).
(٢) في (ز): (بكرار).
(٣) الجفن: غلاف السيف، أي غمده، والجمع جفون، وقد يجمع على أجفان وجفنة. ينظر: العين (١/ ٢٥٥). ولسان العرب (٣/ ٣٢٧). والمصباح المنير (١/ ١٠٣).
(٤) الحمائل: وهي علاقة السيف. ينظر: مختار الصحاح (١/ ٦٥). والمطلع (١/ ١٣٦).
(٥) النصل: حديدة السيف، وكذلك نصل السهم، والجمع نصول ونصال. ينظر: العين (٧/ ١٢٤). والمغرب (٢/ ٣٠٦).
(٦) الحجلة :حجلة العروس،معروفه،وهي بيت يزين بالثياب والأسرة والستور،وهو كالقبة يستر بالثياب ويكون له أزرار كبار.ينظر العين (٣/ ٧٨) المغرب (١/ ١٨٣) لسان العرب (١١/ ١٤٤).
(٧) العيدان: يعني ما ينسج به الحصير من طاقته،والقود الخشبة المطراة.ينظر لسان العرب (٣/ ٣١٩).
(٨) في (ب): (والكسرة).
(٩) في (هـ): (قدرة).
(١٠) قوصرة: وهي وعاء من قصب، وإنما سمي قوصرة ما دام التمر فيها، وإلا فهي زنبيل. ينظر: العين (٥/ ٩٥). والمغرب (٢/ ١٨١). والمصباح (٢/ ٥٠٥).
(١١) منديل: من الندل، الوسخ من كل شيء، من غير استعمال في العربية،وتندلت بالمنديل،أي تمسحت به من أثر الوضوء أو الطهور. ينظر: العين (٨/ ٤١).

هذا عند أبي يوسف وقال محمد: أحد عشر ثوباً؛ لأن النفيس من الثياب قد يلف عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف، ولأبي يوسف: أن قد يكون بمعنى التبيين فلا يجب بالشك والأصل براءة الذمم .**(وخمسة في خمسة بنية الضرب خمسة)** وقال زفر[١]: عشرة، وقال الحسن: يلزمه خمسة وعشرون وقد مر في كتاب الطلاق .**(وبنية مع عشرة[٢] وفي من درهم إلى عشرة وما بين درهم إلى عشرة عليه تسعة)** هذا عنده؛ لأن الأصل في الغاية عدم الدخول، ويدخل الأول ها هنا ضرورة. وعندهما: تدخل الغايتان؛ لأنها[٣] لابد أن تكون موجودة ووجودها بوجوبها. وعند زفر: لا يدخل شيء منها وهو القياس .**(وفي: له من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط له ما بينهما)** والفرق لأبي حنيفة ما أشرنا إليه آنفاً بقولنا ويدخل الأول[٤] ها هنا ضرورة، وهو أنه لا وجود لما فوق الواحد بدون خلاف ما بين الحائطين .**(ولو أقر بحمل صح وحمل على الوصية من غيره)** أي يحمل هذا الإقرار على أن شخصاً [ب٧٤ظ] أوصى بالحمل[٥] لآخر ومات الموصي فالآن يقر وارثه بأنه للموصى له. [**(وكذا له)** أي يصح الإقرار للحمل. [ز٢٢١و] **(إن بين سبباً صالحاً كإرث ووصية)** بأن قال أوصى له][٦] فلان [و١٥٨ظ] أو مات أبوه فورثه فإن الوصية للحمل تصح والحمل يرث وإنما قال إن بين سبباً صالحاً؛ لأنه إن لم يبين أصلاً يجوز عند أبي يوسف خلافاً [د١٨٩و] لمحمد على ما سيأتي، وإن بين سبباً غير صالح فلا يجوز[٧] اتفاقاً، والفرق لأبي يوسف أن الوصية معنية في الإقرار[٨] بالحمل بخلاف الإقرار له فإن فيه أسباباً متعارضة .**(وإن[٩] ولدت حياً في مدة يعلم أنه كان قائماً وقت الإقرار)** ولا يلزم أن يكون لأقل من نصف حول؛ لأنه إذا كانت المرأة معتدة فجاءت بالولد لأقل من سنتين، وإن كان أكثر من ستة أشهر يحكم بوجوده في البطن وقت الإقرار؛ لأنه يحكم بثبوت النسب فيكون ذلك حكماً لوجوده في ذلك الوقت وهذا التعليل مذكور في "المبسوط"[١٠] **(فله ما أقر وإن ولدت حيين فلهما وإن ولدت ميتاً**

---

(١) ينظر: الهداية (٣/١٧٩).
(٢) في (ب،ج): (خمسة عشر).
(٣) (لأنها): لم ترد في (ب).
(٤) في (هـ): (الأقل).
(٥) في (هـ): (باطل).
(٦) ما بين القوسين، لم ترد في (أ).
(٧) في (و): (لا يجوز).
(٨) في (هـ) (بالإقرار).
(٩) في (ب،ج): (فأن).
(١٠) ينظر: المبسوط (١٧/١١٣).

فللوصي أو المورث [ج٦٨و]) لأن في بيان السبب إقرار بملك الموصي أو المورث فيقسم ورثته .(**وإن فسَّر بيع وإقراض أو أبهم الإقرار لغا**) هذا عند أبي يوسف، وعند محمد يصح الإقرار ويحمل على السبب الصالح .(**وإن أقر بشرط الخيار صح وبطل شرطه**) لأن الخيار للفسخ والإقرار لا يحتمله.

ومن المسائل المهمة[١]: أنه أقر[٢] ثم ادعى أنه كاذب في الإقرار، فعندهما: لا يلتفت إلى قوله[٣] [هـ٣٠٥]، وقال أبو يوسف: يحلف المقر له أن المقر لم يكن كاذباً[٤] في إقراره والفتوى على قوله، وكذا لو ادعى وارث المقر فعند البعض لا يلتفت إلى قوله، والأصح: التحليف، وإن كان الدعوى على ورثة المقر له فاليمين عليهم بالعلم أنا لا نعلم أنه كان كاذباً[٥].

باب الاستثناء

(**من استثنى بعض ما أقر به متصلاً به لزمه باقيه، وإن استثنى كله فكله**) إلا إذا قال: إلا ثوباً؛ لأن استثناء الكل لا يصح .(**وإن استثنى كيلياً أو وزنياً** [أ١٢٥و] **من دراهم صح قيمته، وإن استثنى غيرهما منها لم يصح**) هذا عندهما لوجود المجانسة من وجه إذا كان مكيلاً أو موزوناً، وعند محمد؟: لا يصح في الكل لعدم المجانسة، وعند الشافعي[٦]: يصح في الكل للمجانسة من حيث المالية .(**ومن أقر ووصل به إن شاء الله بطل إقراره**[٧] **ومن استثنى بناء دار أقر بها كان للمقر له**) لأن البناء داخل في هذا الإقرار معنى لا لفظاً والاستثناء تصرف في الملفوظ .(**ولو قال بناؤها وعرصتها**[٨] **لك فكما قال، وفص الخاتم ونخلة البستان** [ب٧٤و] **كبنائها**)

---

(١) في (ب،ج): (المتهمة).

(٢) في (ب،ج): (وان أقر).

(٣) في (هـ، ج): (لا يلتفت لقوله).

(٤) (كاذباً): لم ترد في (ز).

(٥) (كاذباً) لم ترد في (ز).

(٦) ينظر: الهداية (٣/ ١٧٩).

(٧) لأن الاستثناء بمشيئة الله إما إبطال أو تعليق، فإن كان الأول فقد بطل، وإن كان الثاني فكذلك إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط، أو لأنه شرط لا يوقف عليه بخلاف ما إذا قال: لفلان عليَّ مائة درهم إذا مت أو جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس؛ لأنه في معنى بيان المدة فيكون تأجيلاً لا تعليقاً، حتى لو كذبه المقر له في الأجل يكون المال حالاً. ينظر: الهداية (٣/ ١٨٠).

(٨) عرصة الدار: وسطها، وقيل: هو ما لا بناء فيها، سميت بذلك لاعتراض الصبيان فيها، أي يلعبون ويمرحون، وقيل: هي البقعة الواسعة. ينظر: لسان العرب (٧/ ٥٢). والمصباح (٢/ ٤٠٢). والمطلع (١/ ٢٧٨).

لأنه يدخل فيه تبعاً لا لفظاً[(١)] **(وإن قال له عليَّ ألف من ثمن عبد ما قبضته وعينه)** الضميران للعبد .**(فإن سلمه المقر له لزمه[(٢)] الألف)** [د١٩٠ظ] أي سلم المقر له ذلك العبد إلى المقر لزمه الألف .**(وإلا فلا وإن بعينه)** أي العبد .**(لزمه)** أي قوله. **(وما قبضه لغو)** عنده وصل أم فصل؛ لأنه رجوع من [و١٥٨و] موجب قوله على، فلا يصح وإن كان موصولاً، وعندهما: إن وصل صدق ولم[(٣)] يلزمه شيء وإن فصل لم يصدق .**(كقوله من ثمن خمر)** أي يكون لغواً عنده وصل أم فصل، وعندهما: أن وصل صح، وإن فصل لا .**(وفي من ثمن متاع أو قرض وهي زيوف أو نبهرجة أو ستوقة أو رصاص لزمه الجيد)** عنده، وصل أو فصل، وعندهما: إن وصل يصدق؛ لأنه رجوع عنده وبيان تغيير عندهما .**(وفي: من[(٤)] غصب أو وديعة وادعى أحد هذه صدق إلا فصلاً في الأخيرين)** إنما يصدق في الأولين وصل أم فصل؛ لأن الإنسان يغصب ما يجد[(٥)] ويودع ما يملك فلا مقتضي[(٦)] له في[(٧)] الجياد[(٨)] ولا تعامل فيكون بياناً للنوع فيصح وإن فصل، ولا يصدق في الأخيرين إن فصل[(٩)]؛ لأنهما ليسا من جنس الدراهم إلا أن[(١٠)] الاسم [ج٦٩ظ] يتناولهما مجازاً فكان بياناً مغيراً فلا بد من الوصل .**(وصدق في غصب ثوباً وجاء بمعيب وفي له[(١١)] على ألف درهم إلا أنه ينقض كذا متصلاً وإن فصل[(١٢)] لا)** لأن الاستثناء يصح متصلاً لا منفصلاً .**(ولو قال: أخذت منك ألفاً وديعة فهلكت، وقال الآخر: بل غصباً يضمن، وفي: أعطنيه وديعة، وقال الآخر غصبته لا)** وذلك أن في الأول أقر بوجوب[(١٣)] الضمان وهو الأخذ[(١٤)] وفي الثاني: لم يقر بذلك بل الخصم يدعي عليه الغصب وهو ينكره والقول للمنكر. [**(وفي هذا كان وديعة لي عندك فأخذته وهو لي: أخذه)** أي المقر له؛ لأنه أقر باليد له ثم ادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر][(١٥)] **(وصدق من قال: أجرت فرسي أو ثوبي هذا فركبه أو لبسه ورده، أو خاط ثوبي هذا بكذا فقبضته)** [هـ٣١٦] هذا عنده، وقالا: القول قول الذي أخذ منه العين وهو

---

(١) بخلاف ما لو قاله الحلقة لفلان والفص لي والأرض له والنخل لي يصح. ينظر: مجمع الأنهر (٢/٢٩٩).

(٢) في (ب، ج): (الزمه).

(٣) في (ب، ج): (لم).

(٤) (من) لم ترد في (ب).

(٥) في (و): (ما يوجد).

(٦) في (ب، ج): (فلا تقتضي).

(٧) (في): لم ترد في (ب، ج).

(٨) في (هـ): (بالجياد).

(٩) (إن فصل): لم ترد في (هـ).

(١٠) في (ب، ج): (أن يكون).

(١١) (له): لم ترد في (ب، ج، و).

(١٢) في (هـ، ز): (لو منفصلاً).

(١٣) في (ب، ج): (بموجب).

(١٤) في (هـ): (الآخذ).

(١٥) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).

القياس[١]. ووجهه ما ذكر في الوديعة، وجه[٢] الاستحسان: وهو الفرق أن اليد في الإجارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدواً فيما وراء الضرورة فلا يكون إقراراً له باليد مطلقاً بخلاف الوديعة؛ لأن اليد فيها مقصودة. وقال في "الإسرار": ان[٣] خلافهما فيما إذا لم تكن الراية معروفة للمقر[٤]. [ب٧٥ظ] والله أعلم[٥].

باب من الإقرار

(إقرار المريض)

(دين الصحة مطلقاً) [د١٩٠و] أي سواء علم سبب أو علم بالإقرار .**(ودين المرض)** المراد مرض[٦] الموت .**(بسبب فيه)** مما ليس من التبرعات .**(وعلم بلا إقرار كبدل ما ملكه أو أتلفه أو مهر عرسه سواء وقدما على ما يثبت بإقراره في مرضه)** خلافاً للشافعي [أ١٢٦ظ]: فإنه لا قصور في سببه وهو الإقرار. ولنا: أنه لا يعتبر إذا تضمن إبطال حق الغير وفي إقرار المريض[٧] ذلك؛ لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاءً .**(والكل)** أي قدم الكل يعني دين الصحة ودين المرض الثابت [بلا إقرار ودين المرض الثابت][٨] به .**(على الإرث وإن شمل ماله)** أي استوعب جميع ماله .**(ولا يصح أن يخص)** أي المريض[٩] مرض الموت .**(غريماً بقضاء دينه)** [و١٥٩ظ] لأن في إيثار البعض إبطال حق الباقين .**(ولا إقراره لوارثه إلا أن يصدقه البقية)** الاستثناء عن الأخير والمراد من البقية بقية الورثة إذ لا تأثير لتصديق بقية الغرماء دين ذلك الغريم في صحة قضائه نعم لقبولهم[١٠] ذلك القضاء تأثير فيها وهو غير التصديق وهذا ظاهر من الهداية وغيره وإن خفى على من قال أي بقية الغرماء في الدين وبقية الورثة في الإقرار لوارث فأفسد الكلام لفظاً ومعنى وفي شرط التصديق خلاف الشافعي[١١] **(وإن أقر)** أي المريض .**(بشيء لشخص ثم ببنوته ثبت نسبه منه)** إن صادف شرائطه .**(وبطل ما أقر [ج٦٩و] وصح ما أقر لأجنبية ثم**

---

(١) ينظر: الهداية (٣/ ١٨٢).
(٢) في (أ): (ووجه).
(٣) في (ب، ج): (له).
(٤) ولو كانت معروفة كان القول قوله وفاقاً. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٣٠١).
(٥) (والله أعلم): الزيادة من (و).
(٦) المريض مرض الموت: هو من لا يخرج لحوائجه.
(٧) في (ب، ج): (المرض).
(٨) ما بين القوسين، لم يرد في (أ).
(٩) في (ب، ج): (المرض).
(١٠) (لقبولهم): لم ترد في (أ).
(١١) ينظر: التنبيه (١/ ٢٧٨). وقليوبي وعميرة (٣/ ٣).

نكحها) وجه الفرق: أن ثبوت النسب تستند[١] من وقت العلوق فتبين أنه أقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية[٢].

(ولو أقر ببنوة غلام جهل نسبه ويولد مثله لمثله)[٣] أي هما في السن[٤] بحيث يولد مثل المقر له للمقر .**(وصدقه الغلام)** اعتبار هذا الشرط لثبوت نسبته[٥] مطلقاً وإلا فلا حاجة إليه إذا كان مملوكاً أو قد لا يعبر عن نفسه .**(ثبت نسبه ولد في مرض وصح إقرار الرجل والمرأة بالوالدين والزوج والمولى وشرط تصديق هؤلاء)** إلا إذا كان المقر له صغيراً في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه أو عبداً له فثبت نسبه بمجرد الإقرار، ولو كان عبداً لغيره بشرط تصديق مولاه كذا في " التبيين "[٦] **(كما شرط تصديق الزوج أو شهادة امرأة**[٧] **في إقرارها بالولد)** هذا إذا كانت ذات زوج وادعت له أنه منه على ما أشار إليه، وإن [د١٩١ظ] كانت [هـ٣٠٧] معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة، وإن لم تكن ذات زوج ولا معتدة أو كان[٨] لها زوج وادعت أن الولد من غيره فلا حاجة إلى أمر زائد على إقرارها .**(وصح التصديق بعد موت المقر إلا من الزوج بعد موتها مقرة)** هذا عنده؛ لأن حكم النكاح [ب٧٥و] انقطع بالموت لظهور فساده بل؛ لأن النكاح انقطع به ولهذا لا يصح له غسلها عندنا، وعندهما: تصح تصديق الزوج بعد موتها؛ لأن الإرث من أحكامه له أن التصديق يستند إلى أول الإقرار والإرث حينئذٍ[٩] معدوم وإنما يثبت بعد الموت فلا يصح التصديق على اعتبار الارث .**(ولو أقر بنسب**[١٠] **من الغير)** [سواء كان .**(من**[١١] **ولاد كابن الابن)** ذكره الزاهدي[١٢] في " شرح القدوري " أو من غيره][١٣] **(والأخ لا يصح)** لما فيه من تحميل النسب على الغير .**(فلا يرث إلا عند عدم وارث)**[١٤] [معروفه[١٥] قريباً

---

(١) (تستند): لم ترد في (ب، ج).
(٢) في (و): (الزوجة).
(٣) في (ب، ج): (بمثله). أي لمثل هذا المريض بأن يكون الرجل أكبر منه باثني عشرة سنة ونصف والمرأة أكبر منه بتسع سنين ونصف. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٣٠٤).
(٤) في (ب، ج): (بان النسب).
(٥) في (ب): (لنسبه).
(٦) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ٢٧).
(٧) أي: القابلة.
(٨) في (ج، و): (وإن كان).
(٩) (حينئذٍ): لم ترد في (ب).
(١٠) في (ب، ج): (نسباً).
(١١) في (ب، ج): (على).
(١٢) ينظر: المجتبى [١٦٣ظ].
(١٣) ما بين القوسين، لم يرد في (أ).
(١٤) في (أ): (أي وارث ثابت النسب قريباً أو بعيداً وإن أقر).
(١٥) في (و): (معروف).

كان أو بعيداً أي المراد غير الزوجين؛ لأن وجودهما غير مانع][1] **(وإن أقر بأخ وأبو ميت شاركه في الإرث بلا نسب)** لأن الميراث حقه فيقبل فيه قوله وأما النسب ففي ثبوته تحميله على الغير فلا يقبل فيه .**(ولو أقر أحد ابني الميت له على آخر دين)** صفة ميت .**(بقبض أبيه نصفه فلا شيء له والنصف للآخر)**[2] لأن إقرار المقر ينصرف إلى نصيبه .

---

(١) ما بين القوسين، لم يرد في (أ).

(٢) يعني أن الأب مات وترك ابنين، وله على رجل مائة درهم مثلاً، فأقر أحد الابنين أن أباه قبض منه نصفه وكذبه الآخر فلا شيء للمقر وللمكذب نصفه؛ لأنه أقر بالدين على الميت وكذبه أخوه فينفذ في حقه خاصة فوجب على الميت خمسون على زعمه والدين مقدم على الميراث فاستغرق نصيبه، وليس له أن يشارك أخاه في الخمسين. ينظر: مجمع الأنهر (٢/٣٠٦).

كتاب الصلح

(هو)[1] في[2] الشرع (**عقد برفع النزاع صح مع إقرار وسكوت وإنكار**) يعني إقرار المدعى عليه وسكوته وإنكاره وفي الأخيرين[3] خلاف الشافعي[4] (**والأول كبيع إن وقع عن مال بمال من غير جنسه**) إنما قال هذا؛ لأنه إن[5] كان من جنسه فهو[6] حط أو إبراء وقبض واستيفاء أو فضل وربا[7] (**فتجري فيه الشفعة**) إن كان عن[8] عقار أو بعقار، ثم إن جريان الشفعة لا يختص [أ١٢٦و] بهذه الصورة بل تجري في الآتية أيضاً إذا كان المصالح عليه عقاراً[9] (**والرد بعيب وخيار** [ج٧٠ظ] **رؤية وشرط**) أي يثبت تلك الخيارات لكل منهما .(**ويفسده جهالة البدل**) دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط .(**ويشترط القدرة على تسليمه**[10] **وما استحق من المدعي يرد المدعي حصته من العوض وما استحق من البدل رجع**[11] **بحصته من المدعي وكإجارة**[12] **إن وقع عن مال بمنفعة فشرط التوقيت فيه إن كانت مما يعلم به**) إنما قال هذا؛ لأن التوقيت يشترط إذا كان الصلح عن مثل خدمة العبد أو [د١٩١و] سكنى الدار وفيما عداه لا يشترط كما إذا صالحه على نحو صبغ الثوب أو ركوب الدابة أو حمل الطعام إلى موضع .(**ويبطل بموت أحدهما**[13] **وبهلاك**

---

(١) (هو): لم ترد في (ب).
(٢) (في): لم ترد في (أ).
(٣) في (ب، ج): (الأخير).
(٤) ينظر: مختصر المزني ص١٠٥ وما بعدها والوسيط (٤/ ٥١). وروضة الطالبين (٤/ ١٩٨).
(٥) في (ب، ج): (إذا).
(٦) (فهو): لم ترد في (أ).
(٧) ينظر: إن وقع على خلاف جنس المدعى فهو بيع وشراء، وإن وقع على جنسه فإن كان بأقل من المدعى فهو حط وابراء، وإن كان بمثله فهو قبض واستيفاء وإن كان بأكثر منه فهو فضل وربا. ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ٣١).
(٨) (عن): لم ترد في (ب، ج).
(٩) في (ب، ج): (عنه داراً).
(١٠) في (أ): (تسليم).
(١١) في (ب، ج): (يرجع).
(١٢) في (ز): (كالإجار).
(١٣) أي أحد المتصالحين لأنهما كالمؤجر والمستأجر، وكذا يبطل بفوات المنفعة، قبل الاستيفاء فيعود إلى الدعوى، ولو كان ذلك بعد استيفاء بعض المنفعة بطل بقدر ما أبقى فيرجع في دعواه بقدره، هذا قول محمد وهو القياس؛ لأنه إجارة وهي تبطل بواحد من هذه الاشياء. وقال أبو يوسف: لا يبطل الصلح بموت المدعى عليه بل المدعي يستوفي المنفعة على حاله وإن مات المدعى فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه ويبطل فيما يتفاوت فيه كلبس =

المحل) [ز٢٢٦ظ] أي محل المنفعة .**(قبل الاستيفاء وكذا)** أي كالسابق[١] ذكره يكون كالإجارة .**(إن وقع عن منفعة بمال أو بمنفعة من جنس آخر)** قال في "التبيين" : ألا ترى أن الورثة لو صالحوا الموصى له بالخدمة على [هـ٣٠٨] مال أو منفعة جاز فهذا أولى كونه معلوماً؛ لأن لها مدة متناهية [ب٧٦ظ] لكن[٢] إنما يجوز عن المنافع على منفعة إذا كانتا مختلفي الجنس[٣][٤] **(والآخران)** أي الصلح مع السكوت[٥] والصلح مع الإنكار .**(معاوضة في حق المدعي وفداء[٦] يمين وقطع نزاع في حق الآخر فلا شفعة في صلح عن دار مع أحدهما)** أي مع السكوت[٧] أو مع الإنكار؛ لأنه يأخذها على[٨] أصل حقه ويعطى المال دفعاً للخصومة وزعم المدعي لا يلزمه .**(ويجب في صلح على دار)** لأن المدعي يأخذها عوضاً عن المال فيؤخذ بزعمه .**(وما استحق من المدعى رد المدعي حصته في العوض ورجع بالخصومة فيه)** أي يخاصم المستحق فيما استحقه .**(وما استحق من البدل أو هلك ورجع إلى الدعوى في كله أو بعضه)** أي إن[٩] استحق كل البدل رجع إلى دعوى الكل وإن استحق بعضه رجع إلى دعوى هذا القدر من المصالح عنه .**(ولو صالح على بعض الدار)** إنما قال على بعض دار ولم[١٠] يقل على بعض المدعي تخصيصاً لوضع المسألة بالعين لأن الصلح عن الكل على البعض إذا كان في الدين جائز على[١١] ما سيأتي .**(يدعيها لم يصح)** لا؛ لأن بعض الدار لا يصلح عوضاً من الكل إذ به لا يتم[١٢] التعليل لبقاء احتمال آخر وهو أن يكون أخذ البعض [و١٦٠ظ] حقه وإسقاطاً للباقي كما في مسألة الصلح عن الدين ببعضه بل[١٣]؛ لأن ما قبضه غبن حقه .**(وحيلته أن يزيد في البدل)** شيئاً فيصير ذلك عوضاً عن حقه فيما بقي .**(أو يبرأ)** أي يلحق به ذكره البراءة .**(عن دعوى الباقي)** فإن البراءة عن دعوى الأعيان صحيحة وإن لم يصح عن الإيمان كما إذا برئ بعض

= الثياب وركوب الدابة. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٣٠٩).

(١) في (ز): (السابق).
(٢) في (ب،ج): (الكل).
(٣) في (و): (بالجنس).
(٤) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ٣٤) وما بعدها.
(٥) في (ب، ج): (السكون).
(٦) (وفداء): لم ترد في (ب، ج).
(٧) في (ب، ج): (سكوت).
(٨) في (و): (عن).
(٩) (ان): لم ترد في (ب، ج).
(١٠) في (ب، ج، هـ): (لم).
(١١) (على): لم ترد في (ز).
(١٢) في (و): (لا يصح يتم).
(١٣) (بل): لم ترد في (ب، ج).

الورثة عن نصيبه.

[فصل]

(**وصح الصلح عن دعوى المال والمنفعة**)[١] كما صح عن المال والمنفعة على ما مر .(**والجناية في النفس وما دونها عمداً أو خطأ والرق ودعوى**[٢] **الزواج والنكاح وكان عتقاً بمال**) [ج٧٠و] [ز٢٢٦و] أي كان الصلح بمال عن دعوى الرق عتقاً بمال هذا في حق المدعى عليه [د١٩٢ظ] يكون لدفع الخصومة؛ لأنه يزعم أنه حر الأصل[٣] لآخر فجاز إلا أنه لا ولاء له لإنكار العبد إلا أن يقيم البينة فتقبل[٤] ويثبت الولاء كذا في[٥] "الهداية"[٦]. وهذا صريح في اختصاص وضع المسألة بصورة [أ١٢٧ظ] الإنكار وما في حكمه من السكوت وذلك؛ لأنه إذا أقر بأنه عبده يرتفع النزاع فلا معنى للصلح لقطع النزاع .(**وخلعاً**) أي كان الصلح بمال عن دعوى الزوج النكاح خلعاً؛ لأنه أمكن تصحيحه خلعاً في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بذلاً للمال لدفع الخصومة، وقالوا: لا يحل له أن يأخذ المال إذا كان مبطلاً في دعواه، وقالوا:[٧] لا يحل لها التزوج[٨] في العدة إن كان محقاً [ب٧٦و] فيها لأنه لا يستلزم العدة فإن وجوبها مشروط بالدخول ولم[٩] يعتبر [هـ٣٠٩] في[١٠] المسألة .(**ولم يجز عن دعواها النكاح**) هكذا في بعض "نسخ القدوري" وهو الصحيح صرح به الزاهدي في شرحه[١١] ولذلك اختاره[١٢] المصنف.

ووجهه: أنه بذل لها المال لترك الدعوى فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة

---

(١) صورة الصلح عن دعوى المنفعة: أن يدعي على الورثة إن الميت كان أوصى بخدمة هذا العبد، وانكر الورثة وإنما يحتاج إلى ذلك؛ لأن الرواية محفوظة إنه لو ادعى على استئجار عين ذلك والمالك ينكره ثم صالحا لا يجوز. ينظر :الوقاية ص٦٩٠.

(٢) في (ب، ج): (وفي دعوى).

(٣) (الأصل): لم ترد في (ب، ج).

(٤) في (ج): (فقبل).

(٥) في (هـ، و): (وفي).

(٦) ينظر: الهداية (٣/ ١٩٠).

(٧) في (أ، ج، هـ): (وما قالوا).

(٨) في (هـ): (التزويج).

(٩) في (و): (فلم).

(١٠) (في): مكرر في (هـ).

(١١) ينظر: الزاهدي [١٩٢و] وقال في "الاختيار" وهو الأصح. ينظر: الاختيار (٣/ ١٠) وصححه في درر الحكام. ينظر: الدرر المنتقى (٢/ ٣١٢)، وقال الإتقاني: رأيت نسخة ثقة من نسخ القدوري عدم الجواز. وحاشية الشبلي (٥/ ٣٧).

(١٢) في (ب، ج): (اختار).

فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة، وإن لم يحصل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح وفي بعض نسخه[1] ذكر جواز الصلح[2]. ووجهه: أن يجعل بدل الصلح زيادة في مهرها .**(ولا عن دعوى حد)** لأنه حق الله تعالى لا حقه .**(ولا إذا قتل مأذون آخر عمداً وصالح عن نفسه وإن كان القاتل عبداً له جاز صلحه عنه).**

وجه الفرق: أن رقبة ليست من تجارته فلا يجوز تصرفه فيها بخلاف عبد فإنه من تجارته فيجوز تصرفه فيه .**(والصلح عن مغصوب تلف بأكثر من قيمة أو عرض)** هذا عنده، وعندهما: يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه؛ لأن الواجب هو القيمة وهي مقدرة فالزيادة[3] عليها يكون ربا بخلاف ما إذا صالح على عرض لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه؛ لأنه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة وله أن حقه في الهالك باق فاعتياضه بأكثر لا يكون رباً إذ لا مجانسة [و١٩٠و] بين العبد والنقود[4] وذكره في "المبسوط"[5]، ثم قال: وموضع الخلاف ما إذا لم يكن القاضي قضى بالقيمة إذ لو كان قضى لا يجوز بالإجماع .**(وفي موسر أعتق نصفها له وصالح عن باقيه بأكثر عن نصف قيمته بطل الفضل)** هذا بالاتفاق.

ووجه الفرق: له أن القيمة منصوص عليها هنا وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير [د١٩٢و] القاضي فلا يجوز الزيادة عليها [وثمة غير منصوص عليها][6] **(ولو صالح بعرض صح)** وإن كان قيمته أكثر من قيمة نصف العبد.

[باب التبرع بالصلح والتوكيل به]

(وبدل صلح عن دم عمداً أو على بعض دين يدعيه يلزم الموكل لا وكيله)؛ لأن الصلح [ج٧١ظ] عن العقود ومعاوضة بإسقاط[7] الحق والصلح على بعض الدين إسقاط محض فالوكيل فيه سفير ومعبر .**(إلا أن يضمنه)** الاستثناء منقطع؛

---

(١) في (هـ): (النسخ).
(٢) وفي بعض نسخ "القدوري" الجواز. ينظر: الهداية (٣/ ١٨٩).
(٣) في (ب): (الزيادة). وفي (د): (والزيادة).
(٤) في (و): (والمنقود).
(٥) ينظر: المبسوط (٢٠/ ١٣٩).
(٦) ما بين القوسين، لم يرد في (د).
(٧) في (ب): (أسقاط).

لأنه حينئذٍ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح .(**وفيما هو كبيع**) بأن[١] كان عن مال بمال عن إقرار وأما كون البدل من غير جنس المصالح عنه فليس بشرط كيف والصلح عن فرس بفرس جائز وهو وكبيع إذا كان عن إقرار .(**ولزم وكيله**) لأن الوكيل أصل في المعاوضة المالية [ب٧٧ظ] .(**وإن صالح فضولي**) أي عن جانب المدعى عليه مع المدعي .(**وضمن البدل أو أضاف إلى ماله**) بأن قال على ألف من مالي أو عبدي هذا .(**وأشار إلى نقد أو عرض**)[٢] بأن قيل على هذا الألف أو على هذا العبد .(**أو أطلق**)، قال على ألف درهم . [هـ٣١٠] (**ونقد**[٣] **صح وإن لم ينقد إن أجازه المدعى عليه لزمه البدل وإلا رد**)[٤] لأن العقد حينئذٍ يكون موقوفاً.

[باب الصلح في الدين]

(**وصلحه على بعض جنس ما له عليه أخذ لبعض حقه وحط لباقية لا معاوضة**) لأن في حمله عليها فساد العقد بالربا .(**فصح عن ألف حال على مئة حالة أو على ألف مؤجل وعن ألف جياد على مئة زيوف**) يحط بعض الأصل في الأول ويحط وصفة في الثاني ويحطهما في الثالث ففي هذه الصور[٥] يصح[٦] الصلح ولا يشترط قبض البدل .(**ولم يصح عن دراهم على دنانير مؤجلة**) لأن من له الدراهم لا يستحق الدنانير حتى يمكن حمله على التأخير فكان معاوضة وهو صرف فلا يجوز تأجيله .(**أو عن ألف مؤجل على نصفه حالاً**)؛ لأن المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بإزاء ما حط عنه وذلك اعتياض عن الأجل وهو حرام .(**أو عن الألف سوداء**[٧] **وعلى نصفه بيضاء**)؛ لأن البيض غير مستحق بعقد المداينة وهي زائدة وصفاً فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا. (**ومن أمر بأداء نصف دين عليه غداً على أنه برئ [مما زاد إن قبل ووفى برئ]**[٨] **وإن لم يف عاد دينه**) هذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يعود دينه؛ لأنه إبراء مطلق وكلمة (**على**) وإن كانت للمعاوضة لكن مدلولها وهو [و١٩١ظ]

---

(١) (بأن): لم ترد في (أ).

(٢) في (ب، ج): (إلى نسيئة إلى نفسه بأن قيل على هذا...).

(٣) (نقد): مكررة في (أ).

(٤) في (ب): (وإلا رده).

(٥) في (أ): (الصوت). وفي (و): (الصورة).

(٦) في (ب، ج): (يصح).

(٧) في (أ، و): (سودٌ على) والدراهم السود.

(٨) ما بين القوسين، لم يرد في (ب).

أداء النصف لا يصلح عوضاً لكونه [د١٩٣ظ] مستحقاً عليه فوجودها كالعدم. ولهما: أنه إبراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته وذلك؛ لأن[١] كلمة (**على**) وإن كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه[٢] فيحمل عليه عند تعذر حمله على المعاوضة تصحيحاً لتصرفه فإن قلت: مدخول (**على**) ليس بشرط بل مشروط قلت: فائدة على تقييد أحد جزئي[٣] الكلام بالآخر ومرجعة اشتراط ما يصلح أن يكون مشروطاً بالآخر سواء كان ذلك مدخول [ج٧١و] أو لا فإنها وإن لم يكن داخلة في اللفظ على الشرط لكنها داخلة عليه في المعنى .(**وإن لم يوقت لم يعد**) لأنه إبراء مطلق .(**وكذا لو صالحه من دينه**[٤] **على نصف يدفعه إليه غداً وهو برئ مما فضل على أنه إن لم يدفعه غداً فالكل عليه**) [ب٧٧و] ففي هذه الصورة إن قبل برئ عن الباقي فإن لم يؤد في الغد فالكل عليه ولا خلاف لهما ها هنا؛ لأنه تصريح بالتقيد .(**وإن أبرأه عن نصفه على أن يعطيه ما بقى غداً فهو بريء أدى الباقي أو لا**) فرق[٥] بين ما إذا قدم الإبراء وبين ما إذا أخره، وقالا بإطلاق الإبراء [في الأول لأنه أطلق الإبراء][٦] أولاً وأداء الباقي لا يصلح عوضاً مطلقاً يصلح شرط فوقع الشك في التقييد بالشرط فلا يتقيد به وبتقيده في الثاني؛ لأن الإبراء حصل مقروناً به فمن حيث أنه لا يصلح عوضاً يقع مطلقاً ومن حيث أنه يصلح شرطاً لا يقع مطلقاً فلا يثبت الإطلاق [هـ٣١١] بالشك هذا في "الهداية"[٧]، وبهذا البيان اتضح الفرق بين الصورتين وتبين أن محل التعجب عدم الفرق بينهما .(**ولو علق صريحاً كأن أديت أو إذا أديتي لا يصح**) فإن تعليق الإبراء بالشرط صريحاً لا يصح[٨] بخلاف ما إذا لم يكن صريحا في الصورة السابقة، وذلك أن في الإبراء معنى التمليك حتى يترو بالرد ومعنى الإسقاط حتى لا يتوقف على القبول والإسقاط لا ينافي تعليقه بالشرط والتمليك ينافيه فراعينا المعنيين، وقلنا إن كانت التعليق صريحاً لا يصح وإن [أ١٢٨ظ] لم يكن صريحاً لا يصح. (**وإن قال لآخر سراً لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عني أو تحطه**[٩] **عني ففعل صح**

---

(١) في (أ، ب، ج): (أن).
(٢) (فيه): لم ترد في (ب، ج).
(٣) في (ب): (جزء).
(٤) في (ب، ج): (دين).
(٥) في (ب، ج): (ولا فرقا).
(٦) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).
(٧) ينظر: الهداية (٣/ ١٩٢) وما بعدها.
(٨) (لا يصح): لم ترد في (ب).
(٩) (أو تحطه): لم ترد في (أ).

عليه، ولو أعلن أخذ للحال).[١]

[فصل في الدين المشترك]

(ولو صالح أحد ربي دين) اشتراك الدين بأن يكون واجباً بسبب متحد كثمن المبيع إذا كان صفقة واحدة وقيمة المستهلك المشترك .**(عن نصفه على ثوب اتبع شريكه غريمه**[٢] **بنصفه أو أخذ نصف الثوب من شريكه إلا أن يضمن ربع الدين)** فلا حق له في الثوب. [د١٩٣و] **(ولو قبض شيئاً من الدين شاركه فيه ورجعا على الغريم بما بقي)**؛ لأن ما أعطاه لما كان مشتركاً بين الشريكين لم يكن للغريم أن يقول للذي أعطاه النصف أني قد أوفيت حقك .**(ولو شرى بنصفه شيئاً)** أي لو اشترى أحد الشريكين بنصف الدين من الغريم شيئاً .**(ضمنه شريكه ربع الدين [و١٩١و])** لأنه صار قابضاً نصف الدين بالمقاصّة فيضمنه[٣] شريكه نصف ذلك النصف وهو ربع الكل .**(أو اتبع غريمه)**؛ لأن حقه في ذمته باق؛ لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن يشاركه .**(وفي الإبراء عن حظه)** إنما لا يرجع في هذه [الصورة [ج٧٢ظ]؛ لأن الإبراء إتلاف ولا قبض[٤] [٧٨ظ] **(والمقاصّة بدين سبق لم يرجع الشريك**[٥]**)**[٦]] لأنه قاضٍ ديناً بالمقاصّة لا قابض شيئاً .**(ولو أبرأ عن البعض قسم الباقي على سهامه)** فإن كان الدين بينهما نصفين وأبرأ أحدهما نصف نصيبه وهو الربع قسم الباقي أثلاثاً؛ لأنه بقي له ربع وللآخر نصف .**(وبطل صلح أحد ربى سلم من نصفه**[٧] **على ما وقع)** أي على ما وقع من رأس المال هذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف[٨]: "يجوز هذا الصلح وإنما شرط أن يكون رأس المال"؛ لأنه لو كان على غيره لا يجوز

---

(١) لأنه ليس بمكره، ومعنى المسألة إذا قال ذلك سراً، أما إذا قال علانية يؤخذ به. ينظر: الهداية (٣/ ١٩٣).

(٢) في (هـ): (غريمه).

(٣) في (هـ): (يضمن).

(٤) في (ب، ج): (للقبض).

(٥) صورته: لزيد على عمرو خمسون درهماً، فباع عمرو وبكر عبداً مشتركاً بينهما من زيد بمئة درهم حتى وجب لكل منهما على زيد خمسون درهماً وقعت المقاصّة بين الخمسين التي وجبت لعمرو على زيد وبين الخمسين التي كانت لزيد على عمرو فليس لبكر أن يقول لعمرو أنك قبضت الخمسين التي على زيد وبين الخمسين التي كانت وجبت على زيد حيث وقعت المقاصّة بينهما وبين الخمسين التي كانت لزيد عليك فأدِّ إليَّ نصفها وإنما لا يكون له ذلك لأن عمراً قاضٍ دينه بالمقاصة لا قابض شيئاً. ينظر: الوقاية (ص٦٩٧).

(٦) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).

(٧) في (و): (نصف).

(٨) ينظر: الهداية (٣/ ١٩٤) والاختيار (٣/ ١٣).

بالإجماع لما فيه من استبدال المسلم فيه له: أنه تصرف في خالص حقه فيجوز كما في سائر الديون. ولهما: أنه لو صح في نصيبه خاصة لزم قسمة الدين في الذمة، ولو جاز[١] في نصيبهما لابد من إجازة الآخر ولم توجد.

[فصل في التخارج]

(وإن أخرج أحد الورثة عن عرض أو عقار بمال أو ذهب أو فضة أو عكسه أو نقدين بهما صح قل بدله أو لا) إنما قال صح عن النقدين بهما سواء قل البدل أو كثر؛ لأنه يصرف الجنس أي خلاف الجنس لكن يشترط فيه التقابض للصرف على ما مر [هـ٣١٢] في موضعه[٢] **(وفي نقدين وغيرهما بأحد النقدين لا إلا أن يكون المعطى أكثر من ذلك الجنس)** ليكون ما يساوي حصة في مقابلتها وما فضل في مقابلة غير[٣] الدراهم احترازاً[٤] عن الربا وذلك؛ لأن الصلح لا يجوز بطريق الإبراء؛ لأن التركة أعيان والبراءة من الأعيان لا يجوز .**(ولابد من التقابض فيما يقابل [نصيبه من الذهب والفضة)**لأنه صرف في هذا القدر][٥] **(وبطل الصلح أن شرط فيه سهم الدين مع التركة)** يعني إن أخرج بعض الورثة [د١٩٤ظ] وفي الشركة ديون بشرط أن يكون الديون لبقية الورثة بطل الصلح؛ لأن تمليك الدين[٦] من غير من عليه الدين ثم ذكر لصحة الصلح حيلاً فقال: **(وإن شرطوا براءة الغرماء منه)** هذا أولى الحيل، وهي أن يشترط الورثة أن يبرأ المصالح الغرماء وعن نصيبه من الدين ويصالح عن أعيان التركة بمال وفي هذا الوجه نوع ضرر لسائر الورثة حيث لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح [أ١٢٨و] ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق فيما على الغرماء فنقصان ذلك الضرر يجبر بهذا النفع .**(أو قضوا نصيب المصالح منه تبرعاً)** هذا ثانيهما: وهي أن يجعل سائر الورثة قضاء نصيب المصالح من الدين متبرعين وهو يحيل لهم حصة من الدين على الغرماء[٧] ثم يصالحونه عما بقي من التركة وفيه [ب٧٨و] ضرر النقد [و١٩٢ظ] فإنه خير من النسيئة .**(أو أقرضوه قدر قسطه منه)** فيكون لهم عليه. **(وأحالهم بالقرض على الغرماء)** وهم يقبلون الحوالة .**(ثم صالحوا عن** [ج٧٢و]

---

(١) في (و): (فلو).
(٢) ينظر: (ص).
(٣) في (ب، ج): (عن).
(٤) في (ب، ج): (احتراز).
(٥) ما بين القوسين، لم يرد في (ب).
(٦) في (ب، ج): (الديون).
(٧) (الهمزة): لم ترد في (ب).

غيره) بما يصلح أن يكون بدلاً صح هذا ثالثها وهي أحسنها ذكره الخصاف في "كتاب الحيل"[(١)] **(وفي صحة الصلح عن تركة جهلت على مكيل أو موزون اختلاف)** قال ظهير الدين المرغيناني رحمه الله[(٢)]: لا يجوز لاحتمال الربا، وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله[(٣)]: يجوز[(٤)]؛ لأن ها هنا شبهة الشبهة ولا عبرة لها وذلك أنه يحتمل أن يكون في التركة من جنس بدل الصلح فاحتمال الاحتمال يكون شبهة الشبهة ولقائل أن يقول: حق[(٥)] الجواب التفصيل بأن يقال إن كان في التركة من جنس بدل الصلح لا يجوز وإن لم يكن يجوز وإن لم يدرِ حال التركة فعلى الاختلاف .**(ولو جهلت وهي غير المكيل والموزون في يد البقية صح في الأصح)** وجه عدم الصحة: أن هذا الصلح بيع الإبراء؛ لأن البراءة عن الإيمان لا يجوز وإذا كان بيعاً فأحد البدلين[(٦)] مجهول فلا يجوز.

ووجه الصحة: وهو الأصح أن التركة إذا كانت في يد بقية الورثة فالجهالة لا تفضي[(٧)] إلى المنازعة فيجوز .**(وبطل الصلح والقسمة[(٨)] مع دين محيط ولا يصالح قبل القضاء في غير محيط)** أي لا[(٩)] ينبغي أن يصالح قبل قضاء دين غير محيط. [**(ولو فعل قالوا صح)** لأن التركة لا تخلو عن قليل دين والدائن قد يكون غائباً][(١٠)] فلو جعلت التركة موقوفة يتضرر [د١٩٤و] الورثة والدائن [هـ٣١٣] لا يتضرر؛ لأن على الورثة قضاء دينه .**(ووقف قدر الدين وقسم الباقي استحساناً ووقف الكل قياساً)** [وجه القياس: أن الدين يتعلق بكل جزء من التركة، ووجه الاستحسان: لزوم ضرر الورثة][(١١)].

---

(١) كتاب شرح الحيل: قال حاجي خليفة: وهو باب من أبواب الفقه، بل هو فن من فنونه كالفرائض، وقد صنفوا فيه كتباً أشهرها كتاب الحيل للشيخ الإمام أبي بكر أحمد بن عمر المعروف بالخصاف (ت٢٦١هـ) وقد ذكر حاجي خليفة شروحاً أخرى. ينظر: كشف الظنون (١/ ٦٩٥).

(٢) هو الحسن بن علي بن ظهر الدين الكبير عبد العزيز المرغيناني، تفقه على يد برهان الدين الكبير عبد العزيز بن مازة وعلى شمس الأئمة الأوزجندي، من مصنفاته: الشروط، والأقضية، والفتاوى. ينظر: الجواهر المضيئة (١/ ١٨٩) رقم (٤٨٧). والفوائد البهية ص٦٢.

(٣) وقال الكرخي رحمه الله في القسمة: أنها لا تجوز استحساناً، وتجوز قياساً. ينظر: الهداية (٣/ ١٩٥). وشرح الكنز (٢/ ١٣٣).

(٤) قول أبو جعفر، هو الصحيح. ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ٥٢). وحاشية الشبلي عن فتاوى قاضيخان.

(٥) في (ب): (أحق).

(٦) في (ب): (البداليين).

(٧) في (أ): (لا تقضي).

(٨) في (و): (والقسمة).

(٩) (لا): لم ترد في (هـ).

(١٠) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).

(١١) ما بين القوسين، لم يرد في (أ).

كتاب المضاربة

(هي) في الشرع: **(عقد شركة في الربح بمال من جانب، وعمل من آخر وهي تتضمن إيداعاً عند الدفع)** يعني دفع المال على وجه المضاربة .**(وتوكيلاً عند العمل وشركة عند الربح وإجارة فاسدة عند الفساد فلا ربح له عنده)** أي عند الفساد .**(بل أجر مثل عمله ربح أم لا)** بالغاً ما بلغ عندهما ذكره في "المحيط"، وعن أبي يوسف ﷺ في غير ظاهر الرواية .**(لا يزاد على ما شرط ويصير)** أي المضارب. **(غاصباً إن خالف ومستبضعاً**[1] **إن شرط كل الربح للمالك ومستقرضاً إن شرط للمضارب)** [ب٧٩ظ] انما[2] قال ويصير إذ لا احتمال لأن يكون المضاربة غصباً أو بضاعة[3] أو قرضاً ولا يتمشى وجه التغليب في أمثاله هذا كما لا يخفى.

[شروطها].

(ولا تصح إلا بمال يصح فيه الشركة.

وبتسليمه إلى المضارب.

وشيوع الربح بينهما فتفسد أن شرط لأحدهما زيادة عشرة) إذ حينئذٍ لا يتحقق شيوع الربح بينهما وهو شرط الصحة، قال في "التحفة": "ومن شرط صحتها.

أن يكون الربح جزءاً مشاعاً [و١٦٢و] من الجملة، فأما إذا عين قدراً فلا يصح لاحتمال أن الربح [ج٧٣ظ] لا يكون إلا هذا القدر فلا يحصل الربح لرب المال.

ومنها: انقطاع يد رب المال عن رأس المال.

ومنها: إعلام قدر الربح فكل شرط يؤدي إلى جهالة الربح يفسد المضاربة وإن كان لا يؤدي إليها يبطل الشرط ويصح العقد مثل أن يشترط أن تكون الوضيعة [أ١٢٩ظ] على المضارب أو عليهما فالشرط يبطل ويبقى العقد صحيحاً.

---

(١) مستبضع: أي يطالب البضاعة، وهي أن يعمل له متبرعاً؛ لأنه لم يطلب بعمله بدلاً فكان متبرعاً. ينظر: شرح الكنز (٢/ ١٣٢).

(٢) في (ب): (وإنما).

(٣) ينظر: تحفة الفقهاء (٣/ ٢٠) وما بعدها. وبدائع الصنائع (٥/ ١١٨) وما بعدها. وفي الاختيار عد شرائطها خمسة (٣/ ٢٥).

(وللمضارب في مطلقها[١] **أن يبيع بنقد ونسيئة إلا بأجل لم يعهد)** أطلقها[٢] بأن[٣] دفع إليه بالنصف[٤] مثلاً ولم يزد عليه[٥] **(وأن يشتري ويوكل بهما)** أي بالبيع والشراء .**(ويسافر)** وعن أبي يوسف رضي الله عنه أنه ليس له أن يسافر، وعن أبي حنيفة رضي الله عنه: أنه إن دفع في بلده فليس له أن يسافر [يسافر وإن دفع في غير فله أن يسافر][٦] [إلى بلده. **(ويبضع**[٧] **ولو رب المال لا تفسد هي به)** خلافاً لزفر رضي الله عنه][٨] **(ويودع**[٩]**، ويرهن**[١٠] **ويرتهن ويؤجر ويستأجر ويحتال بالثمن)** أي يقبل الحوالة. [د١٩٥ظ] **(على الأيسر والأعسر، وليس عليه أن يضارب لا بإذن المالك أو باعمل برأيك)**؛ لأن الشيء لا يتضمن مثله فلابد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه .**(ولا أن يقرض**[١١] **أو**[١٢] **يستدين وإن قيل له ذلك)** أي اعمل برأيك .**(ما لم ينص عليهما)** أي على الإقراض والاستدانة وهذا؛ لأن المراد من قوله اعمل برأيك التعميم[١٣] فيما هو عادة التجار وليسا منها فصار كالهبة والصدقة[١٤] بخلاف المضاربة فإنها منها ونظيرها الشركة والخلط بمال[١٥] نفسه [هـ٣١٤] لأنهما منها .**(فلو**[١٦] **اشترى بالمال [بزاً**[١٧] **وقصر**[١٨]**، أو حمل**

---

(١) مطلقها: وهو ما لم يقيد بمكان أو زمان أو نوع من التجارة. ينظر: الدرر (٢/ ٣١٢).
(٢) في (ب): (اطلاقاً) وفي بقية النسخ (اطلاقها).
(٣) في (ب): (بأن يقول).
(٤) في (هـ): (النصف).
(٥) الحيلة في ضمان مال المضاربة: أن يقرض رب المال المضارب كله الا درهماً ثم يشاركه بذلك الدرهم فيكون مال رب المال درهماً ورأس مال المضاربة جميع المال فيشتركان على هذا الوجه على أن يعملان جميعا، فما رزق الله تعالى في ذلك فهو شئ بينهما نصفان. ينظر: شرح الحيل ص٢٢٣.
(٦) ما بين القوسين، لم يرد في (ب، ج، و).
(٧) ويبضع: من الإبضاع وهو أن يدفع المال إلى غيره ما لا يعمل فيه فيكون الربح للعامل؛ لأن هذا من صنيع التجار. ينظر: شرح الكنز (٢/ ١٣٣).
(٨) ما بين القوسين، لم ترد في (هـ).
(٩) في (ب، ج): (ويرتهن ويرهن).
(١٠) (ويرهن): لم ترد في (هـ).
(١١) في (أ، د): (ولا يقرض).
(١٢) (أو): لم ترد في (ب، ج).
(١٣) في (د): (بالتعميم).
(١٤) في (د): (وللصدقة).
(١٥) في (ب، ج): (في مال).
(١٦) في (هـ): (ولو).
(١٧) بزاً: قال محمد في السير الكبير: عند أهل الكوفة ثياب الكتان والقطن. ينظر: حاشية ابن عابدين (٨/ ٣١٧).
(١٨) يقصره: أي غسله بأجره من ماله من قصر يقصر بالضم قصراً أو قصارة أو من قصر الثوب بالتشديد أي جمعه فغسله. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٣٢٤) وما بعدها.

بماله][١] **وقيل له ذلك)** أي اعمل برأيك .**(فقد تطوع)**؛ لأنه استدانة على رب المال فلا ينتظمه[٢] هذا المقال.

(وإن صبغه أحمر) خصه بالذكر لعدم الخلاف[٣] في كونه زيادة بخلاف السواد فإنه نقصان عنده .**(فهو شريك بما زاد ودخل)** أي الصبغ .**(تحت الحمل برأيك كالخلطة)** أي كالخلط بماله بخلاف القصارة؛ لأنه لا يختلط به شيء من ماله فلا يضمن أي بصبغه أحمر وبالخلط بمال إذا قال اعمل برأيك [ب٧٩و] .**(وله حصة صبغه إن بيع وحصته الثوب في المضاربة)** أي في مالها .**(ولا أن يتجاوز بلداً أو بيعة أو سلعة، أو وقتاً أو شخصاً عينه رب المال فإن جاوز عنه ضمن وله ربحه ولا أن يزوج عبداً أو أمة من مالها)** أي من مال المضاربة .**(ولا أن يشتري من يعتق على رب المال)** سواء[٤] كان بسبب القرابة أو باليمين .**(فلو شرى كان له لا لها)** أي كان للمضارب لا للمضاربة .**(ولا من يعتق عليه إن كان ربح ولو فعل ضمن)** ما نقد من مال المضاربة[٥] **(وإن لم يكن ربح صح فإن زادت قيمته عتق حصته ولم يضمن شيئاً)** إذ لا صنع[٦] له في زيادة القيمة .**(وسعى العبد في قيمة حصته منه)** أي في قيمة حصته رب المال من العبد .**(مضارب بالنصف شرى بألفها أمة فولدت)** [و١٦٤ظ] أي فوطئها فولدت .**(ولداً مساوياً ألفاً فادعاه مؤشراً**[٧] **فصارت قيمته)** [ج٧٣و] أي قيمة الولد .**(ألفاً ونصفه سعى لرب المال في ألف وربعة أو أعتقه ولرب المال بعد قبض الألف تضمين المدعي نصف قيمتها)** وجه ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر حملاً على فراش النكاح لكنه لم تنفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح؛ لأن مال المضاربة إذا صار أعياناً مختلفة الأجناس حقيقة أو حكماً كل واحد منهما يساوي رأس المال لا يظهر الربح بل كل واحد يصلح أن يكون رأس المال؛ لأنه يمكن أن يهلك ما سواه ويبقى هو فقط [د١٩٥و] فلا رجحان لواحد منها لكونه رأس مال أو ربحاً فإذا زادت القيمة بعد الدعوة حتى صارت قيمة[٨] الولد ألفاً وخمسمائة ظهر[٩] الربح فنفذت[١٠] الدعوة السابقة وثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه في البعض ولا يضمن لرب

---

(١) ما بين القوسين، لم يرد في (ب).
(٢) في (و): (فلا ينتظم).
(٣) في (ب، ج): (اطلاق).
(٤) في (ب، ج): (سوات).
(٥) في (ب، ج): (المضارب).
(٦) في (ب): (صبخ).
(٧) في (ب): (موشراً).
(٨) في (ب): (قمة).
(٩) في (ب): (وظهر).
(١٠) في (و): (فينفذ).

المال [أ١٢٩و] شيئاً من قيمة الولد؛ لأن عتقه بالنسب وبالملك[١] والملك أخرها فيضاف إليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان إعتاق فلابد من التعدي ولم يوجد وله أن يستسعى الولد في رأس المال ونصف الربح؛ لأنه احتسب ماليته عنده وله أن يعتق؛ لأن المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعي نصف قيمة الأم؛ لأن الألف المأخوذ لما استحق برأس المال لتقدمه استيفاء ظهر أن الجارية كلها ربح فيكون[٢] بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش[٣] الثابت بالنكاح وتوقف[٤] [هـ٣١٥] نفاذها لفقد[٥] الملك فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة فصارت أم ولد فيضمن [ب٨٠ظ] نصيب رب المال؛ لأن هذا ضمان تملك فلا يشترط له صنع.

[باب المضارب الذي يضارب]

(ولا يضمن المضارب بدفعه مضاربة بلا إذن إلى أن يعمل الثاني في ظاهر الرواية) عند أبي حنيفة .**(وهو قولهما وإلى أن يربح في رواية الحسن عنه)**[٦] "وقال زفر: يضمن بالدفع تصرف أم لم يتصرف، وهو رواية عن أبي يوسف"؛ لأنه بالدفع مستعد[٧] إذ ليس للمضارب أن يضارب وجه الظاهر[٨]: أن الدفع [قبل العمل][٩] إيداع وهو يملكه[١٠] فإذا عمل تبين أنه مضارب فيضمن. ووجه[١١] الآخر: أن الدفع قبل العمل إيداع وبعده إبضاع[١٢] وهو يملكها، فإذا ربح ثبت[١٣] الشركة فحينئذٍ[١٤] يضمن كما لو خلط بغيره .**(ولو أذن بالدفع فدفع بالثلث**

---

(١) (وبالملك): لم ترد في (ب، ج، هـ، و).

(٢) (فيكون): لم ترد في (ب).

(٣) في (أ): (الفراس).

(٤) (وتوقف): مكررة في (هـ).

(٥) في (ج): (لعقد).

(٦) ينظر: الهداية (٣/ ٢٠٠).

(٧) في (أ): (متعد).

(٨) في (ب، ج): (ظاهر).

(٩) عبارة (قبل العمل): لم ترد في جميع النسخ وإنما وردت في الهداية، وقد وضعت لاستقامة النص.

(١٠) في (ب، ج، هـ، و): (تمليكه).

(١١) في (ب، ج): (وجه).

(١٢) في (ب، ج، هـ): (إيضاع). وفي (د): (إمضاء).

(١٣) في (و): (يثبت).وهكذا روى ابن سماعة والفضل بن غانم عن أبي يوسف وهو قول محمد وذكر القاضي في شرحه لمختصر الطحاوي،ان هذا ظاهر الرواية عن أبي حنيفة،وفي مختصر الطحاوي.ص١٢٥ وقول أبي حنيفة وبه نأخذ،وعليه الضمان. وينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٣٤).

(١٤) في (ب، ج): (فصح).

وقد قيل له) أي وقد كان رب المال قال للمضارب الأول .**(ما رزق الله تعالى بيننا نصفان فنصف**[١] **ربحه**[٢] **للمالك وسدسه للأول وثلثه للثاني)**؛ لأن الدفع إلى الثاني مضاربة قد صح لوجود الأمر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى فلم يبق للأول إلا النصف فينصرف[٣] تعرفه إلى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر الجميع للثاني فيكون له فلم[٤][٥] يبق إلا سدس[٦] [ج٧٤ظ] .**(وإن قيل ما رزقك الله تعالى فلكل ثلث)**؛ لأن المضارب الثاني ما شرط [د١٩٦ظ] له وهو الثلث فبقي الثلثان [و١٦٣و] بين المضارب الأول ورب المال نصفين فنصيب كل منهما أيضاً[٧] الثلث .**(ولو قيل ما ربحت)** أي ما[٨] ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان[٩] **(ودفع بالنصف)** أي قد دفع المال إلى المضارب الثاني[١٠] بالنصف .**(فللثاني نصف ولهما نصف)**؛ لأن الأول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض إليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الأول ولم يربح إلا النصف فيكون بينهما .**(ولو قيل ما رزق الله تعالى فلي نصف**[١١] **أو ما فضل فنصفان)** أي لو كان قال له على أن ما رزق[١٢] الله تعالى فلي نصفه أو قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفين .**(وقد دفع بالنصف [فنصف للمالك]**[١٣] **ونصف للثاني ولا شيء للأول)**؛ لأنه جعل لنفسه نصف[١٤] مطلق الفضل فينصرف شرط الأول النصف للثاني إلى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط يخرج الأول بغير شيء. [أ١٣٠ظ] **(ولو شرط للثاني ثلثيه فللمالك والثاني شرطهما وعلى الأول سدس يضمنه للثاني من ماله)** فيكمل[١٥] به ما شرط له. [ب٨٠و] **(وصح شرطه للمالك ثلثاً ولقيده ثلثاً ليعمل معه)** أي مع المضارب .**(ولنفسه ثلثاً)**.

---

(١) في (ب، ج): (نصفه).
(٢) (ربحه): لم ترد في (هـ، و).
(٣) في (ب، ج): (ويتصرف).
(٤) في (أ): (فإن لم).
(٥) في (هـ): (فيكون له السدس).
(٦) في (أ، و): (إلا السدى).
(٧) (أيضا): لم ترد في (ب، ج، هـ، و).
(٨) (ما): لم ترد في (و).
(٩) في (و): (وصفان).
(١٠) في (أ، و): (الأول).
(١١) في (ب، ج، هـ، و): (نصفه).
(١٢) في (و): (ما رزقه).
(١٣) ما بين القوسين، لم يرد في (ب، ج).
(١٤) (نصف): لم ترد في (و).
(١٥) في (هـ): (فيملك).

[فصل في العزل والقسمة]

(وتبطل بموت أحدهما ولحاق المالك مرتداً) [بخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتداً][١] حيث لا تبطل؛ لأن العبارة صحيحة .**(ولا ينعزل)** أي إن عزل رب المال المضارب لا ينعزل .حتى يعلم بعزله **(فلو علم فله بيع عرضها ثم لا يتصرف في ثمنه ولا في نقد)** لا حاجة إلى قيد نص بل لا وجه له؛ لأن النقد لا يصير نضاً إلا بالانقلاب من المتاع ولا وجه لاعتبار هذا القيد ها هنا كما لا يخفى .**(من جنس رأس ماله ويبدل خلافه به)** أي يبدل نقد[٢] خلاف جنس [هـ٣١٦] رأس المال بل كان أحدهما دراهم والآخر دنانير بذلك الجنس. **(استحساناً)** والقياس: أن لا يبدله[٣] لوجود[٤] العزل وإلا لكان بيع عرضها نضاً استحساناً ولا وجه للاحتراز بقوله ولا ضرورة؛ لأنها متحققة بل لأن النقدين جنس واحد من حيث الثمنية ذكره في "التبيين".

وجه الاستحسان: أن الربح لا يظهر إلا عند اتحاد الجنس فتحققت الضرورة. **(ولو[٥] افترقا وفي المال دين لزمه اقتضاء دينه إن كان ربح)** إذ حينئذٍ يعمل بالأجرة .**(وإلا فلا)** لأنه حينئذٍ متبرع في العمل **(ويوكل المالك به)** أي بالاقتضاء؛ لأن الحقوق ترجع إلى الوكيل فلابد من توكيل المضارب المالك إذا امتنع عن الاقتضاء لقدم الربح .**(وكذا سائر الوكلاء)** فإنهم يملكون الملاك إذا امتنعوا [د١٩٦و] عن الاقتضاء .**(والبياع)** [ج٧٤و] [هو الدلال][٦] **(والسمسار)** هو اسم لمن يعمل للغير بالأجرة بيعاً وشراءً ذكره في "المبسوط"[٧] **(يجبران عليه)** أي على الاقتضاء لأنهما يعملان بالأجرة[٨] **(وما هلك صرف إلى الربح أولاً فإن زاد على الربح لم يضمنه[٩] المضارب)**؛ لأنه أمين .**(وإن قسم الربح وفسخ[١٠] عقدهما ثم عقدت فهلك المال أو بعضه لم يترادا[١١] الربح، وإن لم يفسخ ثم**

---

(١) الزيادة من (د).
(٢) (نقد): لم ترد في (ب، ج).
(٣) في (أ، د، هـ، و): (له به).
(٤) في (أ، ب، د، ج): (لا لوجود).
(٥) في (و): (وان).
(٦) ما بين القوسين، لم يرد في (ب، ج).
(٧) ينظر: المبسوط (١٥/ ١١٥).
(٨) في (و): (لأجرة).
(٩) في (ب، ج): (يضمن).
(١٠) في (أ، د، هـ): (أو فسخ والمال في يد المضارب).
(١١) أي: لو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها ثانياً فهلك المال بعد ذلك لم يترادا الربح الأول؛ لأن المضاربة الأولى قد انتهت بالفسخ وثبوت الثانية بعقد جديد فهلاك المال في الثانية لا يوجب انتقاض الأولى فصار كما إذا دفع إليه مالا آخر. ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ٦٨).

هلك ترادا[١] **وأخذ المالك ماله وما فضل قسم وما نقض لم يضمنه المضارب)** [و١٦٤ظ] لما مر.

[فصل فيما يفعله المضارب]

(ونفقة مضارب عمل في مصره في ماله كدوائه)[٢] في لقوله كدوائه إشارة إلى أنه لا يدخل في النفقة وهذا على ظاهر الرواية[٣] وعن أبي حنيفة أنه يدخل فيها. **(وفي سفره طعامه وشرابه وكسوته وأجرة خادمه وغسل ثيابه والدهن في موضع يحتاج إليه)** كالحجاز[٤] **(وركوبه شراء وكراء وعلفه في مالها بالمعروف وضمن الفضل)** أي أنفق زائداً على المعروف ضمن الزيادة [ب٨١ظ] .**(ورد ما بقي في يده بعد قدوم مصره إلى مالها)** أي ما بقي مما ذكر .**(وما دون سفر يغدو إليه ولا يبيت بأهله كالسفر وإن بات بهم كسوق مصره فإن ربح أخذ رب المال وما أنفق من رأس ماله)** أي أخذ من الربح ما أنفقه المضارب من رأس المال [حتى يتم رأس المال][٥] فإن فضل شيء قسم .**(مضارب بالنصف شرى بألفها بزاً وباعه بألفين وشرى بهما عبداً فضاعا في يده)** أي ضاع الألفان في يد المضارب قبل التسليم للبائع .**(غرم المضارب ربحهما)**؛ لأنه ملك المضارب. [أ١٣٠و] **(والملك الباقي وربح العبد للمضارب وباقيه لها ورأس المال ألفان وخمسمئة)** لأب رب المال دفع أولاً ألفاً ثم دفع[٦] ألفاً وخمسمئة .**(ورابح على ألفين)** أي إن باعه مرابحة يقول قام عليّ بألفين. [**(فقط)** أي لا يذكر خمسمئة لأن الشراء وقع بألفين][٧] فلا يضمُّ[٨] الوضيعة التي وقعت بسبب الهلاك في يد المضارب .**(ولو بيع بضعفها فحصتهما ثلاثة آلاف منها نصف ألف بينهما)**؛ لأن ربع العبد وهو الألف ملك المضارب خاصة؛ لأن ألفين وخمسمئة رأس المال .**(ولو شرى من رب المال**[٩] **بألف عبداً شراه بنصفه)** [هـ٣١٧] أي شرى رب المال ذلك العبد

---

(١) في (ب): (زادا). وفي (و): (ما زاد). (٢) في (هـ): (كدوابه).

(٣) لأنه لا صلاح بدونه ولا يتمكن من التجارة إلا به فصار كالنفقة. وجه الظاهر: أن الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع، وإلى الدواء بعارض المرض، ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها. ينظر: الهداية (٣/ ٢٠٥).

(٤) الحجاز: لأن أرض الحجاز حارة فيحتاج إلى ترطيب أبدانهم بالدهن.

(٥) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ). (٦) في (ب): (ودفع).

(٧) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ). (٨) في (و): (فلا يضمن).

(٩) (المال): لم ترد في (ب، ج).

بنصف الألف .(**رابح بنصفه**)؛ لأن شراء المضارب من رب [ج٧٥ظ] المال وإن كان جائزاً ففيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الأمانة فيعتبر أقل الثمنين [د١٩٧ظ]، وكذا لو كان بالعكس على ما مر في باب المرابحة[١] (**ولو شرى بألفها عبداً يعدل ضعفه فقتل رجلاً خطأ ربع الفداء عليه وباقيه على المالك**) أي إذا امتنعا من الدفع واختار الفداء يعني إرش الجناية يفديان بقدر الملك والعبد ربعه للمضارب؛ لأن رأس المال ألف والعبد يساوي ألفين .(**وإذا فديا خرج عنها**) أي خرج العبد عن المضاربة [أما نصيب المضاربة][٢]؛ لأنه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما منافاة وأما نصيب رب[٣] المال فلقضاء القاضي؛ لأن قضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما[٤] لما أنه يتضمن قسمة بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة .(**فيخدم المضارب يوماً والمالك ثلاثة أيام، ولو شرى عبداً بألفها وهلك الألف قبل نقده دفع رب المال ثمنه**) أي المضارب مرة أخرى .(**ثم ثم**) أي إن هلك في الدفعة الثانية والثالثة (**وجميع ما دفع رأس مال**).

[فصل في الاختلاف]

(**وصدق مضارب قال معي ألف دفعته إلي وألف ربحت لا مالك قال: الكل[٥] دفعت**)[٦] [و١٦٤و] "كان[٧] أبو حنيفة يقول أولاً: القول قول [ب٨١و] رب المال وهو قول زفر [أ١٣١ظ]؛ لأن المضارب يدعي الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع إلى ما ذكر؛ لأن الاختلاف فالحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القبول قول ضمنياً كان أو أميناً لأنه أعرف بمقدار المقبوض". (**ومالك**)أي صدق مالك .(**إن اختلفا معه**) أي مع الاختلاف السابق .(**في مقدار الربح**) لأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته .(**وأيهما أقام حجة**) أي ما ادعى من فضل .(**قبلت**) لأن البينات للإثبات .(**ولو قال من معه ألف هو مضاربه زيد وقد ربح صدق زيد**) أي مع اليمين .(**إن قال بضاعة**)؛ لأن المدعي يدعي عليه

---

(١) فقوله شراه بنصفه صفة العبد وضمير الفاعل في شراه يرجع إلى رب المال فالمضارب إن باعه مرابحة يقول: قام علي بنصف الألف، لأن شراء المضارب من رب المال وإن كان جائزاً ففيه شبهة العدم وفي المرابحة عن الأمانة فيعتبر أقل الثمنين. ينظر: الوقاية.ص٧٠٩.

(٢) ما بين القوسين، لم يرد في (و).

(٣) (رب): لم ترد في (ب، ج، هـ، و).

(٤) (عليهما): لم ترد في (و).

(٥) في (ب، ج): (لكل).

(٦) في (ب، ج): (دفعته).

(٧) ينظر: الهداية (٣/ ٢٠٦) وما بعدها.

تقويم عمله أو شرطاً من جهة أو يدعي الشركة في الربح وهو ينكر .(**كما لو قال قرض وقال: زيد بضاعة أو وديعة أو مضاربة**)؛ لأن المضارب يدعي التمليك وهو ينكر .(**ولو قال المالك عنيت نوعاً صدق المضارب**) أي مع اليمين .(**إن جحد**) لأن الأصل في المضاربة العموم والإطلاق والتخصيص يعارض[١] [أ١٣١و] الشركة بخلاف الوكالة فإن الأصل فيها الخصوص .(**ولو ادعى كل نوعاً صدق المالك**)[٢] لأنهما اتفقا على تخصيص والإذن يستفاد من جهته[٣][٤].

(١) (يعارض): مكررة في (أ).

(٢) في (هـ): (المضارب).

(٣) في (ب): (جهة).

(٤) ولو أقام البينة فالبينة بينة المضارب لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة آخر إلى البينة ولو وقّتت البينتان وقتاً فصاحب الوقت الأخير أولى؛ لأن آخر الشرطين ينقض الأول. ينظر: الهداية (٣/ ٢٠٧). وفي "المنح" وإن لم يوقتا أو وقتا على السواء أو وقت أحدهما دون الأخرى فالبينة للمالك وإن كان المالك يدعي العموم فالقول قوله قياساً واستحساناً كما في "الذخيرة". ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٣٣٧).

كتاب الوديعة [د١٩٧و]

(هي) في الشريعة .(**أمانة تركت للحفظ**) وفي اللغة: مشتقة من[١] الودع وهو مطلق الترك .(**فلا يضمنها المودع إن هلكت**) أي[٢]بلا تعد[٣] منه .(**وله [هـ٣١٨] حفظها بنفسه وأمينة**) لم يقل وعياله[٤]؛ لأن الدفع إلى العيال إنما يجوز بشرط الأمانة وعند تحققه لا حاجة إلى كونه عيالا، قال في الذخيرة: لو دفعها إلى أمين من أمنائه وليس في[٥] عياله يجوز وعليه الفتوى[٦] (**والسفور بها**) السفور[٧]: الخروج إلى السفر وهو قطع المسافة كذا في الصحاح فكلاهما[٨] مصدران وانما[٩] اختار الأول لأنه أراد بيان جواز الخروج من[١٠] موضع دفع الوديعة إليه في ذلك الموضع .(**عند عدم النهي والخوف**) فإن نهى عنه أو كان الطريق مخوفاً فسافر فهلك المال ضمن، واعتبر أبو يوسف ومحمد: شرطاً آخر[١١]، وهو أن لا يكون لها حمل ومؤنة، غير أن عند محمد هذا إذا بعدت المسافة، أما إذا قربت منه فله أن يسافر بها ذكره في "الحقائق"[١٢]. وقال الشافعي[١٣]: ليس له ذلك على كل حال .(**ولو حفظ بغيرهما ضمن إلا إذا خاف الحرق**[١٤] **أو الغرق فوضعها عند جاره أو في**[١٥] **فلك**[١٦] **آخر فإن**[١٧] **حبسها بعد طلب ربها قادراً على التسليم أو جحدها بعده**) أي

---

(١) في (أ): (بين).
(٢) (أي): لم ترد في (ب، ج، د، هـ، و).
(٣) (بلا) لم ترد في : (ج،هـ).
(٤) العيال: زوجته وولده ووالديه وأجيره. ينظر: الدرر الحكام (٢/ ٢٤٥).
(٥) في (هـ): (من).
(٦) ذكره في "النهاية" وعزاه إلى التمرتاش وهو الحلواني ثم قال: وعن هذا لم يشترط في التحفة حفظ الوديعة بالعيال، فقال: ويلزم المودع حفظ إذا قبل الوديعة على الوجه الذي يحفظ به ماله. ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ٧٧). وغنية وادي الأحكام (٢/ ٢٤٥).
(٧) السفور: السفر قطع المسافة والجمع الأسفار والمسفر كثير الأسفار القوي عليها. ينظر: لسان العرب (٤/ ٦٣٨). ومختار الصحاح (١/ ١٢٦). والتعريفات (١/ ١٥٧).
(٨) في (هـ): (كلاهما).
(٩) (وإنما) : لم ترد في (ب، ج، هـ، و).
(١٠) في (أ): (عن).
(١١) (آخر): لم ترد في (هـ).
(١٢) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ٧٩)
(١٣) ليس له ذلك في الوجهين. ينظر: الوسيط (٤/ ٥٠١) وما بعدها. والإقناع (١/ ١١٣). ومغني المحتاج (٣/ ٨٣).
(١٤) في (أ): (الخرق).
(١٥) (في): لم ترد في (أ، ب، ج، هـ، و).
(١٦) في (هـ): (ملك).
(١٧) في (أ، د، هـ، و): (وإن).

بعد طلب[١] لم يقل معه؛ لأن التأثير للجحود وبعد طلبه [ب٨٢ظ] لا للجحود عنده أنه يجوز أن يكون الجحود عنده بعد طلب الظالم .(**ثم أقر بها أولاً**) وإن جحد[٢] المودع الوديعة عند الموت يصير غاصباً[٣] (**أو خلط بماله أو مال آخر حتى لا يتميز**) ولا سبيل للمودع عليه عنده وكذا عندهما إن [و١٦٥ظ] خلطها بخلاف جنسها وإن خلط بجنسها، وهو غير مانع شركة إن شاء عندهما وإن كان مانعاً فعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعاً للأكثر اعتباراً للغائب على أجزاء، وعند محمد شركة بكل حال؛ لأن الجنس لا يغلب الجنس .(**أو تعدى فلبس ثوبها أو ركب دابتها أو أنفق بعضها ثم خلط مثله بما بقي أو حفظ في دار أمر به**[٤] **في غيرهما ضمن وإن اختلطت**[٥] **بلا فعله اشتركا ولو زال التعدي زال**[٦] **الضمان**) خلافاً للشافعي[٧]، ومعنى زوال الضمان زوال ما يؤدي[٨] إليه عند هلاكها وإنما قلنا هذا؛ لأن زواله حقيقة لا يمكن: لأن حقيقة الضمان بعد الهلاك وبعده لا يمكن الإزالة .(**ولا يدفع إلى أحد**[٩] **المودعين قسطه بغيبة الآخر**) خلافاً لهما، قال في "المحيط"[١٠]: منهم [د١٩٨ظ] من حقق الخلاف في المكيل والموزون خاصة وقيل الخلاف في الكل والأول أشبه بالصواب واختاره في "الهداية" .(**ولأحد المودعين دفعها إلى الآخر فيما لا يقسم ودفع نصفها فقط فيما يقسم**) أي إن كانت الوديعة مما[١١] لا يقسم يحفظها [ج٧٦ظ] أحدهما بإذن الآخر وإن كانت مما يقسم لا يجوز لأحدهما أن يدفعها إلى الآخر للحفظ بل يقسمان فيحفظ كل واحد نصفه هذا عنده، وعندهما: يجوز الدفع إلى الآخر فيما يقسم أيضاً .(**وضمن دافع الكل والنصف لا قابضة**)؛ لأن مودَع المودع لا يضمن عنده .(**ولو نهى عن**[١٢] **الدفع إلى عياله فدفع إلى من له بدّ منه ضمن وإلى من لابد له منه كدفع الدابة إلى عبده وشيء تحفظه**[١٣] **النساء إلى عرسه لا كما لو أمر بحفظها في بيت معين من دار فحفظ في آخر منها**) هذا إذا لم يكن بين البيتين تفاوت ظاهر بأن كان في أحدهما عور ظاهر[١٤] ولذلك قال .(**وإن لم يكن له**

---

(١) في (أ، د): (طلبه). وفي (و): (الطالب). (٢) في (ب، ج): (جمل).

(٣) أن المودع لو جهل الوديعة عند موته بحيث لا تعرف حالها فالمودع يصير غاصباً.

(٤) (به): لم ترد في (ب،ج). (٥) في (هـ): (خلطت).

(٦) (زال): لم ترد في (هـ، و).

(٧) ينظر: مختصر المزني (ص١٤٧). والوسيط (٤/٥٠٧) وغيرها.

(٨) (ما يؤدي): مكرر في (ب). (٩) في (هـ): (لأحد).

(١٠) ينظر: الراية (٣/ ٢١٠). (١١) في (هـ): (فيما).

(١٢) في (أ): (عند). (١٣) في (ب، ج): (يحفظه).

(١٤) في (د): (ظاهرة).

خلل ظاهر[(١)] **ولو أودع المودع فهلكت ضمن الأول فقط)** وقالا[(٢)]: يضمن المالك أيهما[(٣)] شاء، وإن ضمن الآخر رجع إلى الأول لهما أن [أ١٣٢ظ] المالك لم يرض بأمانة غيره فيكون الأول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فخير بينهما، وله أن قبض المال من يد أمين لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا يتعدى منها فإذا فارقه فقد ترك الحفظ [ب٨٢و] الملتزم فيضمنه بذلك وأما الثاني فمستمر على الحالة الأولى ولم يوجد[(٤)] منه صنع[(٥)] فلا يضمنه كما إذا ألقت الريح في حجره ثوب[(٦)] **(ولو أودع الغاصب أياً شاء)** هذا بالاتفاق .**(ولو ادعى كل من رجلين ألفاً من ثالث**[(٧)] **أنه له أودعه إياه فنكل لهما)** أي عجز عن البينة فحلفه القاضي لكل واحد فنكل عن التحليف لهما وبأيهما بدأ القاضي بالتحليف جاز والأولى عند التشاح[(٨)] أن يقرع بينهما نفياً لتهمة الميل وعند النكول [و١٦٥و] [للأول لا يقضي به حتى يحلف الثاني ينكشف[(٩)] وجه القضاء هل هو لهما ولأحدهما حجة إلا بالقضاء ولهذا نكل ثم حلف لا يلزمه شيء .**(فهذا وألف آخر عليه لهما)**][(١٠)] لأنه أوجب[(١١)] الحق لكل واحد منهما سواء كان ببذله أو بإقراره وذلك حجة في حقه ويصرف الألف إليهما صار قاضياً نصف حق كل واحد بنصف الآخر فيغرمه[(١٢)]، والله أعلم[(١٣)].

---

(١) في (د): (ظاهرة).

(٢) ينظر: الهداية (٣/ ٢١١).

(٣) في النسخ: (أياً).

(٤) في (هـ): (ولا يوجد).

(٥) في (أ): (وصنيع).

(٦) في (ب): (ثوباً).

(٧) في (ب): (الثالث). وفي (و): (ثالثه).

(٨) في (و): (الشراح).

(٩) في (أ): (لينكسف).

(١٠) ما بين القوسين، لم يرد في (ب).

(١١) في (ب، ج، هـ، و): (واجب).

(١٢) أن النكول إنما يصير حجة عند القضاء، فجاز أن يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء، ولو نكل الثاني أيضاً يقضي بها بينهما نصفين ولو قضى القاضي للأول حين نكل، ذكر الإمام علي البزدوي رحمه الله في "شرح الجامع الصغير" أنه يحلف للثاني، فإذا نكل يقضي بها بينهما؛ لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثاني، وذكر الخصاف رحمه الله: أنه ينفذ قضاؤه للأول لمعاوضته محل الاجتهاد؛ لأن من العلماء من قال يقضي للأول، ولا ينتظر لكونه إقراراً دلالة ثم لا يحلف للثاني، هذا العبد لي؛ لأن نكوله لا يفيد بعدما صار للأول. ينظر: الهداية (٣/ ٢١١) وما بعدها بتصرف. وتبيين الحقائق (٥/ ٨٣).

(١٣) (والله أعلم): الزيادة من (هـ، و).

كتاب العارية [د١٩٨و]

(هي) في الشرع .(تمليكُ منفعةٍ بلا بدل) وقال الكرخي والشافعي[١]: هي إباحة الانتفاع بملك الغير، ونحن نقول: أنها تبنى عن[٢] التمليك لأنها مأخوذة من العرية، وهي العطية في الثمار بالتمليك من غير عوض ثم استعمل في المنفعة لذلك فاقتضت تمليكاً ولهذا تنعقد بلفظه والمنافع قابلة للتمليك كالوصية بخدمة العبد .(وتصح بأعرتُكَ ومنحتُكَ) المنحة: اسم للعطية التي ينتفع [ج٧٦و] الإنسان بها زماناً ثم يردها على صاحبها كذا في "البدائع"[٣]، وإذا أريد بها الهبة[٤] أفاد ملك العين وإلا بقى على أصل وضعه فحمل على العارية .(وأطعمتُكَ أرضي وحملتكَ على دابتي واخدمتك عبدي وداري لك سكنى) أي[٥] جعل سكنى الدار له من غير عوض وسكنى الدار منفعتها المطلوبة منها عادة فقد[٦] أتى بمعنى العارية .(وعمرى سكنى) أي داري لك عمرى سكنى فعمرى مفعول مطلق لفعل محذوف تقديره أعمرتها لك عمرى والعمرى جعل الدار لأحد مدة عمره سكنى تمييز .(ويرجع المعير فيها متى شاء ولا يضمن بلا تعدٍ إن هلكت) خلافاً للشافعي[٧]. ومحل الخلاف: أن يهلك في غير حالة الانتفاع إذ لو [هـ٣٢٠] هلك حالة الانتفاع[٨] لا يضمن بالإجماع وكذا لو هلك فيها لا بالانتفاع في أحد قوليه، وفي قوله الآخر: يضمن كذا في "الحقائق"[٩] (ولا تؤجر)[١٠] لأن الشيء لا يتضمن ما فوقه . [ب٧٣ظ] (فإن آجرها فعطبت ضمنه المعير ولا يرجع على أحد[١١] أو المستأجر) عطف على الضمير المنصوب في ضمنه .(ويرجع على

---

(١) ينظر: الهداية (٣/ ٢١٣). وفتح المعين (٣/ ١٢٧). وحواشي الشيرواني (٥/ ٤٠٩). وحاشية البجيرمي (٢/ ٢٥٨). ومغني المحتاج (٢/ ٢٦٣).

(٢) في (أ، ب، ج): (على).

(٣) ينظر: البدائع (٥/ ٣١٨).

(٤) في (أ): (الهيئة).

(٥) (إي): لم ترد في (أ، د).

(٦) في (هـ): (قد).

(٧) ينظر: المهذب (١/ ٣٦٣). وفتح المعين (٣/ ١٣٠) وغيرها.

(٨) في (أ، د): (الانتفاع بالانتفاع).

(٩) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ٨٤).

(١٠) في (و): (يؤجر).

(١١) في (ب، ج): (آخر).

مؤجره إن لم يعلم أنها عارية) دفعاً لضرر الغرر بخلاف ما إذا علم .**(ويعار ما اختلف استعماله أولاً إن لم يعين منتفعاً)** أي إن أعار شيئاً ولم يعين من[١] ينتفع به فللمستعير أن يعيره[٢] سواء اختلف استعماله كركوب الدابة أو لم[٣] يختلف كالحمل عليها .**(وما لا يختلف أن عين)** أي إن عين من ينتفع به فإن لم يختلف استعماله بغيره وإن اختلف لا .**(وكذا المؤجر)** أي للمستأجر أن يعيره مطلقاً إن لم يعين المؤجر من ينتفع به وأن[٤] يعير ما لا يختلف استعماله فقط إن عينه، وعند من قال[٥]: العارية إباحة الانتفاع بملك الغير ليس للمستعير الإعارة؛ لأن المباح له لا يملك الإباحة بخلاف من ملك المنافع فإن له أن يملكها [د١٩٩ظ] غيره. **(فمن استعار دابة أو استأجر مطلقاً له أن يحمل ويعير له)** [أي الحمل][٦] **(ويركب وأياً فعل تعين وضمن بغيره، وإن أطلق الانتفاع في الوقت والنوع انتفع ما شاء أي وقت شاء وإن قيد ضمن بخلافه إلى شر فقط)** التقييد أما أن يكون [و١٦٦ظ] في الوقت فقط أو في النوع فقط أو فيهما فإن عمل على موافقة القيد فظاهر [أ١٣٢و] وإن خالف فإن[٧] كان الخلاف[٨] إلى مثل[٩] أو إلى خير لا يضمن وإلى شر يضمن .**(وكذا تقييد الإجارة بنوع أو قدر)** أي إن وافق أو خالف إلى مثل أو خير لا يضمن وإلى شر يضمن .**(وردها[١٠] إلى إصطبل مالكها أو مع عبده أو أجيره مسانهة أو مشاهرة)** بخلاف أجيره فيساويه[١١]، إذ ليس في عياله فيضمن بالتسليم إليه فدلت المسألة على أن المستعير لا يملك [ج٧٧ظ] الإيداع. **(أو مع أجير ربها أو عبده يقوم على دابته أولا)** هذا على الأصح .**(تسليم)** فبالهلاك بعده لا يضمن .**(وكره مستعار غير نفيس[١٢] إلى دار مالكه)** فإن هذا تسليم بخلاف النفيس كالجوهرة حيث لا يرد إلا إلى المالك .**(بخلاف رد الوديعة والمغصوب إلى دار مالكها)** فإن هذا لا يكون تسليماً بل لابد من الرد إلى المالك. **(وعارية النقدين والمكيل والموزون والمعدود قرض)** فيضمن لو هلكت في يده قبل الانتفاع وإنما كان قرضاً؛ لأن العارية تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها قبل

---

(١) في (هـ): (ما).

(٢) في (أ): (يعير).

(٣) في (ب، د، و): (ولم).

(٤) في (أ): (ولن).

(٥) يقصد به الكرخي والشافعي.

(٦) مابين القوسين : لم ترد في (ب).

(٧) في (ج): (وان).

(٨) (الخلاف): لم ترد في (أ، ب، ج).

(٩) في (ب، ج، و): (المثل).

(١٠) (وردها): الزيادة من (د).

(١١) في (ب): (فيساومة).

(١٢) في (ب، ج): (فيس).

إلا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض والقرض أدناهما فيثبت، قالوا: هذا إذا أطلق الإعارة أما إذا عين الجهة بأن استعار[١] دراهم ليعاير[٢] بها[٣] [ب٨٣و] ميزاناً أو يزين بها دكاناً لم يكن قرضاً ولا يكون له إلا المنفعة المسماة. [هـ٣٢١] **(وصح إعارة الأرض للبناء أو الغرس وله أن يرجع عنها ويكلف قلعها ولا يضمن إن أطلق)** أي لا يضمن المعير ما نقص من البناء والغرس بالقلع إن كانت الإعارة مطلقةً أي غير مؤقتة[٤] **(وضمن ما نقض بالقلع إن وقّت)** أي وقت الإعارة ورجع عنها قبل ذلك الوقت وإنما يضمن للغرور وفي صورة الإطلاق ما غره بل اغتر المستعير حيث اعتمد على الإطلاق .**(وكره الرجوع قبله)** أي[٥] الوقت المعهود؛ لأن فيه خلف الوعد .**(ولو أعار للزرع لا يؤخذ حتى يحصد وقت أولاً)** لأن الزرع نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس إذ ليس فيه نهاية معلومة .**(وأجرة رد المستعار والمغصوب والمستأجر على المستعير والغاصب والمؤجر)**؛ لأن [د١٩٩و] الرد واجب على الأولين والأجر مؤنة الرد بخلاف الثاني فإن الواجب عليه التمكين والتخلية دون الرد .**(ويكتب المعار قد أطعمتني أرضك لا أعرتني إذا عبرت للزراعة)** من أعار أرضاً بيضاء للزراعة يكتب انك أطعمتني عنده؛ لأن لفظ الإطعام أدلُ[٦] على المراد؛ لأنها يختص للزراعة والإعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه، وقالا: يكتب أنك أعرتني؛ لأن لفظة الإعارة موضوعة والكتابة بالموضوع أولى.

---

(١) (استعار): لم ترد في (و).

(٢) في (و): (ليعين). (٣) (بها): لم ترد في (هـ).

(٤) وفي «المحيط» يضمن المعير قيمة البناء والأشجار قائمة على الأرض غير مقلوعة منقوضة وإن رضي المستعير قلع غرسه وبناءه ولا يضمنه إذا لم يرض بالأرض، وإن كان القلع يضرب الأرض لا يقلع إلا برضى صاحبها ويضمن له قيمته مقلوعاً. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٣٥٠).

(٥) (أي): لم ترد في (ب، ج). (٦) في (أ): (أقل).

كتاب الهبة

(هي) في الشرع .**(تمليك مال للحال بلا عوض)** لم يقل تمليك عين؛ لأن العين قد لا يكون مالاً وإنما زاد قيد للحال احترازاً [و١٦٦و] عن الوصية. **(وتنعقد)** [لم يقل][1] وتصح؛ لأن الصحة أمر آخر وراء الانعقاد و[2]لها شرائط: إن صادفتها[3] تصح وإلا تنعقد فاسدة والكلام ها هنا بيان[4] انعقادها بألفاظ مخصوصة .**(بوهبتُ ونحلتُ وأعطيتكَ، وأطعمتك هذا[5] الطعام)** [ج٧٧و] فإن الطعام إذا نسب إلى ما يُطعم عينه كان هبة، وإذا نسب[6] إلى ما لا يطعم عينه كالأرض يكون عارية .**(وجعلت هذا لك)**؛ لأن حرف اللام للتمليك .**(واعمرتكه وجعلته لك عمرى)** لقوله ﷺ: «من أعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده»[7] بخلاف ما إذا قال: [أ١٣٣ظ] داري لك عمرى وسكنى؛ لأن قوله سكنى لجعله عارية على ما مر . [ب٨٤ظ] **(وحملتك على هذه الدابة بنيتها، وكسوتك هذا الثوب، وداري لك هبة تسكنها)**[8]؛ [لأن قوله تسكنها مشورة][9] وليس بتفسير وهو تنبيه على المقصود .**(وفي هبة سكنى)**؛ لأن قوله سكنى تميز فيكون تفسيراً لما قبله فيكون عارية .**(أو سكنى هبة)** أي داري لك بطريق السكنى حال كون السكنى هبة أي موهوبة .**(أو[10] نحلى سكنى)** النحل اسم من النحلة أي الإعطاء[11] تقديره نحلتها نحلى ثم قوله سكنى تمييز .**(أو سكنى صدقة)** أي داري لك بطريق السكنى صدقة .**(أو صدقة عارية)** أي داري لك حال كونها صدقة بطريق العارية فعاريةٌ تميز فهم منه المنفعة .**(أو عارية هبة)** أي داري لك بطريق العارية

---

(١) عبارة (لم يقل): لم ترد في (أ).
(٢) حرف (الواو): لم يرد في (أ، د).
(٣) في (أ، هـ): (صادفها).
(٤) في (أ): (في بيان).
(٥) لفظ (هذا): مكرر في (ج).
(٦) في (ب): (انتسب). وفي (د): (وان نسب).
(٧) الحديث: ينظر: صحيح مسلم (٣/ ١٢٤٥) رقم (١٦٢٥). وسنن الترمذي (٣/ ٦٣٢) رقم (١٣٥٠). وسنن أبي داود (٣/ ٢٩٤) رقم (٣٥٥١). وسنن النسائي (٥/ ١٣٣) واللفظ له. وشرح معاني الآثار (٤/ ٩١) وما بعدها. ونصب الراية (٤/ ١٢٣) الحديث الرابع. والدراية (٢/ ١٨٥).
(٨) في (هـ): (تسكنها مشورة).
(٩) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).
(١٠) في (ب، ج، هـ، و): (أو).
(١١) في (ج): (إعطاء).

حال كونها هبة فلما [هـ٣٢٢] قال عارية فهم منها[١] المنفعة فمعناه حال كون المنافع موهوبة بذلك .(**عارية**) مبتدأ خبره مقدم .(**وتتم بالقبضِ الكامل**) إلا أن الكمال يختلف بحسب تحمل الموهوب له[٢] فالقبض الكامل في المنقول ما يناسبه وفي العقار ما يناسبه قبض مفتاح الدار قبض لها والقبض الكامل [د٢٠٠ظ] فيما يحتمل القسمة أصالة[٣] وذلك بالقسمة وفيما لا يحتملها تبعاً لقبض الكل .(**وتصحُ إن قبضَ في مجلسها بلا إذن أو بعدهُ به**) لا ؛ لأن الهبة دليل الإذن؛ لأن دلالتها مشتركة فلا يصح[٤] التمسك بها في إحدى الصورتين دون الأخرى بل؛ لأن القبض بمنزلة[٥] القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك فيكون الإيجاب منه تسليطاً على القبض بخلاف ما إذا قبض قبل[٦] الافتراق لأنا إذا أثبتنا التسليط فيه إلحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس[٧] فكذا ما يلحق به. (**كمشاع لا يقسم**) [أي الذي إذا قسم لا يبقى منفعته كالرحى والحمام والبيت الصغير لا فيما يقسم][٨] خلافاً للشافعي[٩] له أنه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه[١٠]ولنا: أن القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كما له والمشاع لا يقبله إلا بضم غيره إليه وذلك غير موهوب ولا فرق عندنا بين أن يهب من الشريك وبين أن يهب من الأجنبي[١١]، والمفسد هو الشيوع المقارن[١٢]، والشيوع الطارئ[١٣]، كما إذا وهب ثم رجع في البعض الشائع [و١٦٧ظ] [أو استحق البعض الشائع][١٤] بخلاف الرهن فإن الطارئ أيضاً مفسد فيه .(**فإن قسم**) أي بعدما وهب النصف المشاع مثلاً .(**وسلم صح**) لأن تمامها بالقبض ولا شيوع عنده [ج٧٨ظ] .(**وإن وهب دقيقاً في بر ودهناً في سمسم لا وإن طحن أو أخرج وسلم وكذا السمن في اللبن**) لأن الموهوب معدوم وقت الهبة والمعدوم ليس بمحل للملك بخلاف المشاع .(**وهبة لبن في ضرع وصوف على غنم وزرع ونخل**

---

(١) في (ب): (أمنها).
(٢) في (ب، ج، د، هـ، و): (الموهوب).
(٣) في (هـ): (بالصالة).
(٤) في (د، هـ): (ولا يصح).
(٥) (بمنزلة): مكرر في (ب).
(٦) في (أ، د): (بعد).
(٧) (بالمجلس): مكررة في (ب).
(٨) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).
(٩) ينظر: النكت ص٦٧١.
(١٠) في (ب، ج، و): (وانواعه).
(١١) في (هـ): (من الاخرى).
(١٢) (المقارن): لم ترد في (ب، ج، د).
(١٣) في (ب، د، و): (الطاري أيضاً).
(١٤) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).

في أرض وتمر في نخل كالمشاع) أي لا تجوز هبة هذه الأشياء لكن إن فُصِلتْ[١] عن ملك الواهب وقبضت تصح .**(وتم هبة ما مع الموهوب له بلا قبض جديد وما وهب لطفله بالعقد وما وهب له أجنبي له بقبضه عاقلاً أو قبض أبيه أو جده أو وصي أحدهما أو أم هو معها أو أجنبي يربيه وهو معه أو زوجها لها بعد الزفاف)** أي زوج الصغيرة الموهوب لها لأجلها لكن بعد الزفاف[٢] **(وصح هبة اثنين داراً لواحد)** لأن الكل يقع في يده بلا شيوع .**(وعكسه لا)** هذا عنده، وعندهما: تصح لأنها هبة الجهة[٣] منهما[٤] إذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما إذا رهن من رجلين وله أن هذا هبة النصف من كل واحد فيثبت [د٢٠٠و] الشيوع بخلاف الرهن لأن حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كمل .**(كتصدق عشرة على غنيين)**[٥] فإنه لا يصح عنده، وكذا إذا وهب ولهما [أ١٣٣و] للشيوع، وعندهما: تصح؛ لأن الصدقة على الغني تراد بها الهبة مجازاً والهبة لاثنين جائزة لعدم الشيوع عندهما .**(وصح على فقيرين)** لأن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد فلا شيوع، وكذا لو وهب العشرة لهما؛ لأن الهبة على الفقير صدقة.

باب الرجوع فيها

(من وهب ثم رجع صح [هـ٣٢٣]) لقوله ﷺ: «الواهب أحق بهبته ما لم يثبت[٦] منها»[٧] [أي ما لم يعوض][٨] وقال الشافعي[٩]: لا يصح إلا في هبة

---

(١) في (أ): (انفصلت).

(٢) لأن الأب أقامه مقام نفسه في حفظها وقبض الهبة منه ولو قبضه الأب أيضاً صح؛ لأن الولاية له واشتراط الزفاف بثبوت ولاية الزوج لأنه إنما يملكه باعتبار أنه يعولها وذلك بعد الزفاف لا قبله. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٣٥٨).

(٣) في (ب): (الجهة).

(٤) (منهما): لم ترد في (و).

(٥) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٤٣٧).

(٦) في (د، و): (يعوض).

(٧) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٩٨) رقم (٢٣٨٧). والدارقطني (٣/ ٤٣) وما بعدها رقم (١٨١). من حديث أبي هريرة، وفي إسناده ضعف وبإسنادين ضعيفين من حديث ابن عباس ﷺ والمعجم الكبير (١١/ ١٤٧) رقم (١١٣١٧). وأخرجه الحاكم في المستدرك (٢/ ٦٠) وقال حديث صحيح على شرط الشيخين. وسنن البيهقي الكبرى (٦/ ١٨١) رقم (١١٨٠٤). ونصب الراية (٤/ ١٢٥). ومعتصر المختصر (٢/ ٦٢). وتلخيص الحبير (٣/ ٧٣) رقم (١٣٣٠). وغيرها.

(٨) ما بين القوسين، لم يرد في (د، و).

(٩) ينظر: المهذب (١/ ٤٤٧). وإغاثة الطالبين (٣/ ١٤٩). والإقناع للشربيني (٢/ ٣٦٧). وفتح الوهاب (١/ ٤٤٧).

الوالد والوالدة لقوله ﷺ: «لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد[1] [فيما يهب لولده][2]»[3] ونحن[4] نقول المراد[5] نفي الاستبداد في الرجوع وإثباته للوالد لأنه يمتلكه للحاجة وذلك يسمى رجوعاً .(**ومنعه الزيادة متصلة كبناء وغرس وسمن المنفصلة كولد**) وأرش وعقر .(**وموت أحد العاقدين وعوض أضيف إليها ولو من أجنبي بنحو خذه عوض هبتك**) أو بمقابلتها .(**فقبض فلو وهب ولم يضف رجع كل بهبته**) فيه إشارة إلى أنه ليس بعوض حقيقة بل هو تمليك مبتدأ ولهذا يشترط فيه القبض ويجوز بأقل من الموهوب من جنسه في المقدرات. (**وخروجها** [ب٨٥ظ] **من ملك الموهوب له والزوجية وقت الهبة فلو وهب لها ثم نكحها رجع ولو وهب لها ثم أبان لا وقرابة المحرمية**) خلافاً للشافعي في الوالد على ما مر .(**وهلاك الموهوب وضابطها حروف دمع خزقه**) [ج٧٨و] [و١٦٧و] فالدال: الزيادة، والميم: الموت، والعين: العوض، والخاء: الخروج، والزاي: الزوجية، والقاف: القرابة، والهاء: الهلاك .(**ورجع في استحقاق نصف الهبة بنصف عوضها لا في استحقاق نصف العوض حتى يرد ما بقي**) وقال زفر[6]: يرجع بالنصف اعتباراً بالعوض الآخر، ولنا: أنه يصلح عوضاً للكل من الابتداء بالاستحقاق ظهر أنه لا عوض له إلا هو إلا أنه يتخير؛ لأنه ما[7] أسقط[8] حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض، ولم[9] يسلم له فله أن يرده .(**ولو عوض نصفه رجع ما لم يعوض، فلو باع نصفها أو لم يبع شيئاً رجع في النصف**) لأن له[10] الرجوع في الكل ففي النصف أولى .(**ولا**

---

(١) (إلا الوالد): لم ترد في (و). (٢) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).

(٣) لفظ الحديث: «لا يحل للرجل أن يعطي عطية ثم يرجع فيها إلا الوالد في يعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء ثم عاد في قيئه». ينظر: سنن أبي داود (٣/ ٢٩١) رقم (٣٥٣٩). وسنن النسائي في المجتبى (٦/ ٢٦٥) رقم (٣٦٩٢). والسنن الكبرى (٤/ ١٢٤) رقم (٦٥٣٤). وسنن البيهقي الكبرى (٦/ ١٧٩) رقم (١١٧٨٠). والمستدرك (٢/ ٥٣) رقم (٢٢٩٨). كتاب البيوع ومصنف عبد الرزاق (٩/ ١١٠) رقم (١٦٥٤٢). والمعجم الكبير (١٢/ ٣٩٦) رقم (١٣٤٦٢) ونصب الراية (٤/ ١٢٤) الحديث الأول. والدراية (٢/ ١٨٤) رقم (٨٥٦).

(٤) في (أ): (ونحو).

(٥) (المراد): لم ترد في (ب، ج).

(٦) ينظر: البدائع (٥/ ١٨٨). والاختيار (٣/ ٦٥).

(٧) (ما): لم ترد في (و). (٨) (ما أسقط): مكررة في (ب).

(٩) في (هـ): (فلم). (١٠) (له): لم ترد في (و).

يصح إلا بتراض أو حكم قاضٍ فلو أعتق) [د٢٠١ظ] أي الموهوب له. **(الموهوب بعد الرجوع قبل القضاء صح، ولو منعه)** أي منع الموهوب له الموهوب عن الواهب[1] بعدما رجع قبل القضاء أو بعده. [**(فهلك لم يضمن)** لأن يده غير مضمونة إلا إذا طلبه بعد القضاء][2] فمنعه[3] مع القدرة على التسليم لأنه تعد .**(وهو مع أحدهما)** أي الرجوع مع[4] التراخي أو قضاء القاضي .**(فسخ من الأصل لا هبة للواهب[5] فلم يشترط قبضه[6] وصح في المشاع فإن تلف الموهوب)** أي[7] في يد الموهوب .**(فاستحق فضمن[8] الموهوب له لم يرجع على واهبه)** لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيها السلامة وهو غير عامل له والغرور فيضمن عقد المفاوضة سبب الرجوع لا في غيره .**(وهي بشرط العوض هبة ابتداء فشرط قبضهما)** أي قبض العوضين .**(وتبطل بالشيوع بيع انتهاء)** أي عند القبض. **(فيرد بالعيب وخيار الرؤية ويثبت الشفعة)** وقال[9] زفر والشافعي: هو بيع ابتداء وانتهاء؛ لأنه فيه معنى[10] البيع والعبرة في العقود للمعاني. ولنا: أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين فيكون ابتداؤه معتبراً بلفظ فيجري فيه أحكام البينة وانتهاؤه معتبراً بمعناه فيجري فيه أحكام البيع ولا تنافي بين حكميها؛ لأن الهبة [هـ٣٢٤] من حكمها تأخير الملك إلى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد ينقلب الهبة لازمة بالتعويض [ب٨٥و].

فصل

(من وهب أمة إلا حملها أو على أن يردها عليه أو يعتقها أو يستولدها أو وهب داراً أو تصدق بها على أن يرد عليه شيئاً[11] منها[12] صحت وبطل استثناؤه وشرطه) لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة [أ١٣٤ظ] والهبة لا تبطل بها قيل فيه إشكال فإنه إن أراد به [الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان

---

(١) (عن الواهب): لم ترد في (و).
(٢) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).
(٣) في (و): (ومنعه).
(٤) في (و): (مع).
(٥) (للواهب): لم ترد في (ب، ج، و).
(٦) (قبضه): لم ترد في (ب، ج، هـ).
(٧) في (ب): (أي).
(٨) في (و): (وضمن).
(٩) ينظر: الهداية (٣/ ٢٢٤).
(١٠) في (ب، ج): (مع).
(١١) في (ب، ج): (شيئاً منها أو يعوضه شيئاً).
(١٢) (منها): لم ترد في (و).

فلا يستقيم قوله بطل الشرط وإن أراد به][1] أن يعوضه عنها[2] شيئاً من العين الموهوبة [ج٧٩ظ] فهو تكرار محض؛ لأنه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيئاً منها. ونحن نقول: المراد هو [و١٦٨ظ] الثاني ولا تكرار؛ لأن في عبارة العوض مظنة الصحة كما لا يخفى ثم إنه لا فرق بين أن يكون الشيء الذي شرط[3] رده أو كونه عوضاً مقدراً معلوماً أو مجهولاً؛ لأن كلاهما يخالفا مقتضى العقد .**(ولو أعتق الحمل ثم وهبها صحت)** أي الهبة لأنه لم يبق الجنين على ملكه فأشبه الاستثناء. **(ولو دبره ثم وهبها لا)**؛ لأن الجملة بقي على [د٢٠١و] ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فيبقى هبة المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك .**(ومن قال لغريمه: إذا جاء غد فهو لك أو أنت منه بريئ فهو باطل)** لما مر أن التعليق الصريح في الإبراء لا يصح .**(وجاز العمرى للمعمر حال حياته ولورثته بعده وهي جعل داره له مدة عمره وإذا مات ترد عليه)** هذا الشرط باطل على ما دل عليه الحديث المار ذكره .**(وبطل الرقبى)** اسم من الرقوب وهو الانتظار كأنه ينتظر موته .**(وهي إن متُ قبلك فهو لك)** لأنه تعليق التمليك بخطر، وقال[4] أبو يوسف: يصح لأنها للحال واشتراط الاسترداد بعد موته فمرجع الاختلاف إلى تفسيرها .**(والصدقة كالهبة لا تصح إلا بقبضه ولا في شائع يقسم)**؛ لأنها تبرع كالهبة فيلزم ما يلزم في الهبة .**(ولا عود فيها)** لأن المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا إذا تصدق على غني استحساناً لأنه قد يقصد[5] بالصدقة على الغني الثواب، وكذا إذا وهب الفقير لحصول[6] المقصود.

---

(١) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).

(٢) في (هـ): (عنها).

(٣) (شرط): لم ترد في (ب، ج).

(٤) وعند أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما باطلة؛ لأنه تعليق التمليك بالخطر. ينظر: الهداية (٣/ ٢٢٥).

(٥) في (ب): (يتصدق).

(٦) في (ب، ج): (بحصول).

كتاب الإجارة

قال الواحدي[(١)]، قال الأخفش[(٢)]: من العرب من يقول: آجرت غلامي أجراً فهو مأجور، وأجرته إيجاراً فهو مؤجر وآجرته على فاعلته فهو مواجر، وقال المبرد[(٣)]: يقال أجرت داري ومملوكي غير ممدود وآجرت ممدودة والأول أكثر إيجاراً [ب٨٦ظ] وإجارة إلى هنا كلام الواحدي ذكره النووي في "تهذيب الأسماء"[(٤)] (هي)[(٥)] في اللغة: اسم للأجرة كالجعالة، وفي الشرع: **(تمليك نفع[(٦)] بعوض)** والمعلومية في البدلين إنما هي شرط في الصحيح[(٧)] منها ومطلق الإجارة تنظيم الفاسدة .**(دين أو عين أو منفعة)** قال في باب إجارة[(٨)] المنافع بالمنافع من "التجريد"[(٩)]: المنفعة إذا قوبلت بجنسها لم يصح

---

(١) الواحدي: أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي بن تيمية الواحدي المتولي صاحب التفاسير المشهورة، كان أستاذ عصره في النحو والتفسير ورزق السعادة في تصانيفه، وأجمع الناس على حسنها، أشهر مصنفاته "أسباب النزول" و"التحبير في شرح أسماء الله الحسنى" و"شرح ديوان أبي الطيب المتنبي" توفي عن مرض طويل سنة (٤٦٨هـ) بمدينة نيسابور.ينظر: وفيات الاعيان (٣/ ٣٠٣) .

(٢) الأخفش: أبو الحسن سعيد بن مسعدة الأخفش الأوسط من كبار أئمة العربية (٢١٥هـ).ينظر: نزهة الالباء ص١٣٣. وبغية الوعاة (١٠/ ٥٩٠) وشذرات الذهب (١/ ٣٦) .

(٣) المبرد: أبو العباس محمد بن يزيد بن عبد الاكبر عمير الأزدي المعروف بالمبرد انتهت إليه رياسة النحو واللغة بالبصرة ولد (٢٠٦هـ) وقيل (٢٢٠هـ) وتوفي (٢٨٥هـ) من تصانيفه "المقتضب" (مطبوع). ينظر: نزهة الالباء. ص١٦٤. والنجوم الزاهرة (٣/ ١١٧). وبغية الوعاة (١٥/ ٢٦٩) وشذرات الذهب (١/ ١٩٠).

(٤) تهذيب الأسماء: للإمام محي الدين يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ)وهو كتاب مفيد مشهور في مجلد واحد جمع فيه الألفاظ الموجودة في "مختصر المزني" و"المهذب" و"الوسيط" و"التنبيه" و"الوجيز" و"الروضة" وقال أن هذه الستة تجمع ما يحتاج إليه من اللغات وضم إلى ما فيها جملاً مما يحتاج إليه مما ليس فيها من أسماء الرجال والملائكة والجن ليعم الانتفاع ورتب على قسمين الأول في الأسماء والثاني في اللغات وقد رتبه قسم من العلماء منهم الشيخ أكمل الدين محمد بن محمود الحنفي (ت٧٨٦هـ).ينظر كشف الظنون (١/ ٥١٤) .

(٥) في (و): (هي).
(٦) في (و): (منفعة).

(٧) في (هـ): (الصحة). وفي (و): (الصحيحة).

(٨) في (أ): (الإجارة).
(٩) في (ز): (تجريد).
=

العقد[١] نحو[٢] أن يستأجر دار بمنافع[٣] [هـ٣٢٥] دار وإن قوبلت بغير حينها جاز كما إذا استأجر الدابة بخدمة العبد، وقال الشافعي[٤]: يجوز في الفصلين. "ويعلم النفع بذكر المدة كسكنى الدار وزراعة الأرض مدة كذا طالت أو قصرت [ج٧٩و] لكن في الوقت لا يصح فوق ثلاث سنين في المختار"، ذكر بعض مشايخنا في شرح حيل الخصاف الحيلة لجواز الإجارة الطويلة على الأوقاف[٥] أن يعقدوا عقوداً متفرقة كل عقد على سنة فيكون العقد[٦] الأول لازماً والباقي[٧] غير لازم لأنه مضاف. وقال صاحب "الذخيرة": هذه الحيلة عندي ضعيفة[٨]؛ لأن[٩] من لم يجوز[١٠] [و١٦٨و] الإجارة الطويلة على الوقف [د٢٠٢ظ] لم[١١] يجوز صيانة للوقف[١٢] عن البطلان، فإن الوقف إذا بقى في يد المستأجر مدة طويلة والناس يرونه يتصرف فيه تصرف الملاك يقع في قبلهم أنه ملكه فيشهدونه لو ادعاه يوماً من الدهر فيبطل الوقف وفي حق هذا المعنى لا فرق بين أن تكون الإجارة[١٣] معقودة بعقد واحد وبين أن تكون بعقود[١٤] متفرقة، ولا يذهب عليك أن الفرق بينهما واضح، فإنه إذا كانت الإجارة بعقود متفرقة لمتولي[١٥] الوقف أن يفسخ الإجارة [ز٢٣٨و] إذا خاف بطلان الوقف من جهة ما ذكر لأنها غير لازمة في غير العقد الأول[١٦] بخلاف

= أ) تجريد القدوري: لحسين بن أحمد بن الحسين القدوري أحمد بن محمد صنفه في سبعة أسفار، يشتمل على مسائل الخلاف بين أصحابنا وأصحاب الشافعي، شرع في إملائه سنة (١٤٥هـ) وله كتاب التقريب في مسائل الخلاف.

ب) التجريد الركني في الفروع، للإمام ركن الدين عبد الرحمٰن بن محمد المعروف بابن الميروية الكرماني الحنفي، (ت٥٤٣هـ) وسماه الإيضاح، وهو ثلاث مجلدات وشرحه شمس الأئمة تاج الدين عبدالغفور بن لقمان الكرماني الحنفي (ت٥٦٢هـ) وسماه المفيد والمزيد في شرح التجريد. ينظر: طبقات الحنفية (١/ ٢٦٢) رقم (١٤٧). وطبقات الفقهاء ص٧٩. وكشف الظنون (١/ ٣٤٦).

(١) في (هـ): (لجواز).

(٢) (غد): لم ترد في (هـ).

(٣) في (هـ): (المنافع).

(٤) ينظر: التنبيه (١/ ١٢٣).

(٥) في (ب): (الواقف).

(٦) (العقد): لم ترد في (ب، ج).

(٧) في (و): (والثاني).

(٨) في (أ، د، ز): (ضعيف).

(٩) في (هـ): (إلا من).

(١٠) عبارة: (من لم يجوز) مكررة في (و).

(١١) (لم): لم ترد في (ب، ج).

(١٢) (للوقف): لم ترد في (ب، ج).

(١٣) (الإجارة): لم ترد في (ب).

(١٤) في (ب، ج): (معقودة بعقود).

(١٥) في (ب): (لموالي).

(١٦) في (ب، ز): (الأولى).

ما إذا كانت بعقد [أ١٣٤و] واحد ففهم الضعف من ضعف الفهم[١]. **(وبذكر العمل كصبغ الثوب وخياطته[٢] وحمل قدر معلوم دابة مسافة عملت وبالإشارة كنقل هذا إلى ثمة)** خلافاً للشافعي، لا خلاف في أن وجوبها سبب العقد كما أن وجوب تسليم المنفعة بسببه نعم أنكر أصحابنا وجوبها عقيب العقد، وقالوا: إنها تجب بالعقد مؤجلاً موقوفاً على تحقق أحد الأمور الآتي ذكرها، وفي عبارة[٣] الهداية إشارة إلى أن المراد من الوجوب المنفي[٤] ها هنا معنى الملك ومن غفل عنه تعسف في توجيه .**(قوله بل بتعجيلها أو بشرطه)**[٥] هذا إذا لم يكن مضافة، ذكر في وقف[٦] "الخانية" وأجمعوا على أن الأجر[٧] لا يملك في الإجارة المضافة باشتراط التعجيل .**(أو يتمكن من استيفاء النفع)** [ب٨٦و] فهم منه بطريق الدلالة وجوبها عند الاستيفاء بل نقول لما وجب بالتمكن من الاستيفاء وهو يتقدم على الاستيفاء لم يجزه أن يجب به كيلاً يلزم تكرار الوجوب .**(فتجب لدار قبضت ولم يسكنها وتسقط بالغصب بقدر فوت تمكنه وللمؤجر طلب الأجرة للدار والأرض كل يوم)** إلا أن يبنين وقت الاستحقاق بالعقد لأنه بمنزلة التأجيل .**(وللدابة لكل مرحلة)** وقال زفر[٨]: لا يجب إلا بعد انتهاء السفر .**(وللقصارة والخياطة إذا تمت وإن عمل في دار المستأجر)** إنما قال هذا؛ لأنه إذا عمل في بيت المستأجر فسرت الثوب بعد ما خاط فله الأجرة بقدر ما خاطه فكان هذا مظنة أن يتوهم أن الأجرة تجب بقدر العمل [ج٨٠ظ] إذا كانت في بيت المستأجر [هـ٣٢٦] مطلقاً فدفعه بما ذكر ووجه الفرق أنه بالسرقة انتهى عمله على البعض وهو معلوم بالنسبة إلى الكل فتجب أجر ما عمل بخلاف ما إذا لم ينته [د٢٠٢و] العمل على البعض[٩] فإنه لا يمكن أن يطلب الأجرة بكل عمل قليل ولا تقدير للأبعاض[١٠] فيتوقف

---

(١) وذكر صدر الإسلام أن الحيلة فيه أن يرفع إلى الحاكم حتى يجيزه، وكان الصدر الشهيد - رحمه الله- يفتي بالجواز في ثلاث سنين في الصياع إلا إذا كانت المصلحة في الجواز هذا إذا لم ينص الواقف على مدة الإجارة. ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٠٦).

(٢) في (ب، ج): (وخياطة).

(٣) (عبارة): لم ترد في (ب).

(٤) في (و): (نفي).

(٥) في (ز): (أو بشرط).

(٦) في (ب، ج، هـ): (الوقف).

(٧) في (أ، و): (الأجرة).

(٨) ينظر: الهداية (٣/ ٢٢٨).

(٩) عبارة (على البعض): لم ترد في (أ).

(١٠) في (أ، ج، د): (إلا بعارض).

الطلب[١] على كل العمل .**(وللخبز بعد إخراجه من التنور فإن احترق)** يعني من غير فعله .**(بعدما أخرج وهو في بيت المستأجر فله الأجر)** لأنه صار مسلماً بالوضع في بينة [ز٢٣٧ظ] .**(ولا غرم)** لأنه لم توجد منه خيانة، وقالا[٢]: يغرم مثل دقيقه ولا أجر له؛ لأنه مضمون[٣] عليه فلا [و١٦٩ظ] يبرأ إلا بعد حقيقة التسليم وإن شاء ضمنه الخبز وأعطاه الأجر .**(وقبله لا ويغرم)** ذكر[٤] في "غاية البيان": إذا احترق قبل الإخراج فعليه الضمان فيقول أصحابنا جميعاً[٥] قال في شرح الطحاوي قال أبو حنيفة: في هذا هو[٦] ضامن؛ لأنه مما جذته يداه بتقصيره في القلع من التنور فإن ضمنه قيمته مخبوزاً أعطاه الأجر وإن ضمنه دقيقاً لم يكن له[٧] أجر .**(وللطبخ بعد الغرف)** اعتباراً للغرف .**(ولضرب اللبن بعد إقامته)** وقالا: لا يستحق حتى يشرجه[٨]؛ لأن التشريج وهو تنضيده[٩] وضم بعضه إلى بعض من تمام عمله، وعنده: وهو زائد كالنقل ويفتى بقولهما ذكره في العيون[١٠]، وهذا إذا ضرب اللبن في ملك المستأجر أما إذا ضربه الأجير في ملك نفسه لا يجب الأجر عنده إلا بعد العد عليه بعد إقامته، وعندهما: بالعدّ[١١] عليه بعد التشريج ذكره في "الحقائق"[١٢]. **(ومن لعمله[١٣] أثر في العين)** سواء كان ذلك الأثر مالاً كالنشاء[١٤] والبيض في عمل قصار يقصر بهما أو لم يكن مالاً كالنسيج والصبغ وهذا لأن القائم بالثوب [ب٨٧ظ] لون الصبغ لا عينه[١٥] ذكره في "المبسوط"[١٦] والمصنف أورد لكل من النوعين مثالاً فقال .**(كصباغ وقصار يقصر بالنشاء والبيض له حبسها للآجر)** قال في "المبسوط"[١٧]: والحاصل أن كل أجير يكون أثر عمله

---

(١) (الطلب): لم ترد في (ب، ج).
(٢) ينظر: الهداية (٣/ ٢٢٩).
(٣) في (ب، ج، ز): (مضمونه).
(٤) في (هـ): (ذكره).
(٥) (جميعاً): لم ترد في (أ، ب، ج). ينظر: حاشية الشلبي (٥/ ١١٠).
(٦) (هو): لم ترد في (ب، ج).
(٧) (له): لم ترد في (ب، ج).
(٨) في (و): (يشرجه).
(٩) في (هـ): (التنضيد).
(١٠) في (ب، ز): (العون).
(١١) في (ب): (بالعقد).
(١٢) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١١١).
(١٣) في (هـ): (بعمله).
(١٤) النشا: ما يعمل من الحنطة - فارسي معرب- وأصله نشا ستج، فحذف بعض الكلمة فبقي مقصوراً. ينظر: المصباح (٢/ ٦٠٦).
(١٥) في (هـ): (لا غير).
(١٦) ينظر: المبسوط (١٥/ ١٠٦).
(١٧) ينظر: المصدر السابق.

قائماً في المعمول كالنساج[١] والقصار والصباغ والفتال فله حق الحبس؛ لأن المعقود عليه الوصف الذي أحدثه في الثوب وهو قائم فيكون له أن يحبسه ببدله وكل من ليس بعمله أثر في المعمول كالحمال فإنه لا يستوجب الحبس؛ لأن المعقود عليه نفس العمل ولم يبق بعد الفراغ منه فلا يكون له أن يحبسه. **(فإن حبسه فضاع فلا غرم [أ١٣٥ظ] ولا أجر)** وقالا[٢]: العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار إن شاء ضمنه[٣] قيمته غير معمول ولا أجر له وإن شاء ضمنه معمولاً وله[٤] الأجر وله أنه غير متعد في الحبس [د٢٠٣ظ] فبقي أمانة عنده[٥] كما كان عنده[٦] ولا أجر لهلاك المعقود عليه قبل التسليم [ج٨٠و] . [ز٢٣٧و] **(ومن لا أثر لعمله كالحمال والملاح وغاسل الثوب لا حبس له إلا راد الآبق)** فإنه له حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا أثر لعمله؛ لأنه كان على شرف الهلاك وقد أحياه فكأنه باعه منه فله حق الحبس، وقال زفر[٧] [هـ٣٢٧]: ليس له حق الحبس سواء كان لعمله[٨] أثر أم لا .**(ولمن أطلق له العمل أن يستعمل غيره إذا قيد بيده)** كما إذا أجره أن يخيطه بيده .**(ولأجير المجي بيعاً له إن مات بعضهم وجاء بمن بقي أجره بحسابه)** ومراده إن كانوا معلومين وحكى عن الفقيه أبي جعفر أن تأويل المسألة: إذا كانت المؤنة نقل[٩] بنقصان العدد أما[١٠] إذا كانت مؤنة الكل ومؤنة البعض[١١] سواء فإنه يجب الأجر كاملاً كذا في "الجامع[١٢] الصغير" للبرهاني .**(ولا أجر لحامل الكتاب للجواب ولا لحامل الطعام إن رده للموت)** خلافاً لمحمد في الأول [و١٦٩و] فإنه له أجر الذهاب عنده؛ لأنه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة.

ولهما: أن المعقود عليه نقل وقد نقضه[١٣] ولو ترك الكتاب في ذلك المكان

---

(١) في (ب، ج): (كنساج).
(٢) ينظر: الهداية (٣/ ٢٢٩).
(٣) في (و): (ضمن).
(٤) في (ب، ج): (فله).
(٥) (عنده): لم ترد في (أ).
(٦) (عنده): لم ترد في (ب، ج).
(٧) (زفر): مكررة في (هـ). المصدر السابق.
(٨) في (هـ): (لعمل).
(٩) في (و): (النقل).
(١٠) في (و): (وأما).
(١١) (البعض): لم ترد في (ب).
(١٢) في (أ): (جامع).
(١٣) في (هـ): (نصه).

وعاد يستحق الأجرة بالذهاب بالإجماع؛ لأن الحمل لم ينتقض، ولزفر في الثاني فإن عنده له الجرة في الطعام دون الكتاب .

[باب ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز]

(**وصحَّ استئجار دار أو دكان بلا ذكر ما يعمل فيه**) لا؛ لأن العمل المتعارف فيها[1] السكنى فينصرف إليه إذ المتعارف كالمشروط وإنه لا يتفاوت فيصح العقد؛ لأنه لا ينتظمه قوله .(**وله كل عمل سوى موهن البناء كالقصارة**) بل لأن الأصل أن لكل عمل لا يضر البناء يستحقه بطلق العقد (**ولو عين الساكن له أن يسكنه غيره**)؛ لأن التقيد غير مفيد لعدم التفاوت (**بخلاف ما لو عين اللابس أو الراكب**) عند استيجار الثوب أو الدابة (**فإنه ليس له أن يلبسه غيره ويركبه غيره**) للتفاوت في اللبس (**والراكب وله ذلك إن عمم**) بأن قال على أن يلبس أو يركب من شاء (**وإن أبهم**) بأن لم يذكر شيئاً يدل على واحد من العموم والخصوص (**لا**) ؛لأن لبس بعض الأشخاص وركوبه غير معلوم عرفاً لينصرف إلى مطلق العقد إليه بل الكل متعارف (**وهما مما يقع فيه التفاوت ما لم يبين لا يصير المعقود عليه معلوماً فلا يحكم بالجواز من"الذخيرة"** ،**وإن سمى نوعاً وقدر حمل الدابة، نحو كر بر فله حمل مثله ضرراً أو أقل كالشعير لا آخر كالملح وضمن بأرداف رجل معه وقد ذكر ركوبه**) [د٢٠٣و] أي ركوب المستأجر من غير ذكر الرديف .(**نصف قيمتها بلا اعتبار الثقل**)؛ لأن الدابة يضرها[2] حمل الراكب الخفيف لجهله[3] بالفروسية ويخفف عليها ركوب الثقيل لعلمه بها .(**وبالزيادة على حمل ذكر ما زاد الثقل**) لأنه عطب بما هو مأذون [وغير مأذون فيه][4] والسبب[5] الثقل[6] فانقسم عليها .(**إن طاقت**) يعني إن أطاق الدابة حمل الاثنين في المسألة الأولى وحمل [ج١٨١ظ] المشروط وما زاد في الثانية .(**لا كل قيمتها**) أي: لم يطق الدابة ما ذكر يضمن المستأجر كل قيمتها .(**كعطبها**[7] **بضربة وكنجة**) يقال: كنج الدابة بلجامها، أي جذبها إلى نفسه لتقف ولا تجري يعني يضمن بهلاك الدابة [هـ٣٢٨] بسبب الضرب والكنج كل قيمتها وهذا عنده. وقالا: لا إذا فعل فعلاً متعارفاً بلا إذن

---

(١) في (هـ): (فيه).
(٢) في (د، هـ، و): (يعقرها).
(٣) في (ب، ج): (عمله).
(٤) ما بين القوسين، لم يرد في (ب).
(٥) في (ب، ج): (فالسبب).
(٦) في (ب، ج): (الثقيل).
(٧) العطب: بفتحتين الهلاك، وعطب الشيء يعطبه عطباً، والهلاك يكون في الناس وغيره. ينظر: العين (٢/ ٢٠). والمغرب (٢/ ٦٧). ولسان العرب (١/ ٦١٠) .

المؤجر ذكره في "الحقائق"[(١)] **(وجوازها عما استؤجرت[(٢)] إليه ولو ذاهباً وردها إليه)** بالجر عطف على جاوزها أي يضمن بجواز [أ١٣٥و] الدابة من موضع استؤجرت[(٣)] إليه ثم ردها إلى ذلك الموضع وإن كان الاستيجار ذاهباً وجائياً وإنما قال هذا نفياً لما قيل أنه يضمن إذا استأجرها ذاهباً فقط لأن الإجارة قد انتهت وهو بالوصول إلى ذلك الموضع فيضمن بالجواز عنه أما[(٤)] إذا[(٥)] استأجرها ذاهباً وجائياً جاز عن ذلك الموضع ردها إليه لا يضمن [و١٧٠ظ] كالمودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق، وقال صاحب "الهداية"[(٦)]: الأصح[(٧)] عدم الفرق ثم أن[(٨)] الضمان[(٩)] إذا كان العطب بالجواز وإن لم يكن به فلا ضمان وقد أفصح عن ذلك قوله عطف قوله جوازها على ضربة في قوله كعطبها بضربة .**(ونزع سرج حمار مكتري وإيكافه)**[(١٠)] أي إن اكترى حماراً مسرجاً [ز٢٤٠و] فنزع السرج وأوكفه وركب فهلك ضمن قيمته عنده [ب٨٨ظ] في رواية "الجامع الصغير" وقدر ما زاد في رواية "الأصل"، وهو قولهما هذا إذا كان الحمار يوكف بمثله وإن كان لا توكف أصلاً أو لا توكف[(١١)] بمثله ضمن كل قيمته كذا في "الحقائق"[(١٢)] **(وإسراجه[(١٣)] بما لا يسرج بمثله دون ما يبرح بمثله)** أي إن نزع السرج وإسراجه [بسرج آخر فإن كان هذا السرج مما لا يسرج به هذا ضمان بمثله يضمن، وإن كان يسرج بمثله][(١٤)] لا يضمن إلا إذا كان الوزن زائدا على[(١٥)] الأول[(١٦)] فيضمن [د٢٠٤ظ] بحسابه .**(وسلوك الحمار طريقاً غير ما عيّنه المالك وتفاوتاً)** بأن كان [المسلوك وعراً أو بعيداً أو خوف بحيث لا يسلكه[(١٧)] الناس كذا في

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق (٥/١١٨).
(٢) في (هـ): (استؤجر). وفي (و): (استأجرت).
(٣) في (و): (استأجرت).
(٤) في (هـ): (ما).
(٥) (إذا): لم ترد في (هـ).
(٦) ينظر: الهداية (٣/ ٢٣٢).
(٧) في (أ): (لا صح).
(٨) (إن): لم ترد في (و).
(٩) في (ج): (إن كان الضمان).
(١٠) الإيكاف: جمع إكاف شبه الرحل،وهو معروف والسرج الذي على هينة،وهو ما يجعل على مقدمة شبه الرمانة،والجمع آكفة. ينظر:المغرب (١/ ٤١) ولسان العرب (٩/ ٨).
(١١) في (و): (ولا يوكف ولا يوكف).
(١٢) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١١٩).
(١٣) في (هـ): (والسراجة).
(١٤) ما بين القوسين، لم يرد في (ب).
(١٥) في (ب): (عن).
(١٦) في (ج): (أو على).
(١٧) في (ب): (المال).

"التبيين"[١] وبهذا تبين عدم الحاجة إلى أن يقال أن لا يسلكه[٢] الناس .**(وحمله في البحر وله الأجر إن بلغ)** أي للحمال الأجر في جميع ما ذكر إن بلغ المنزل لحصول المقصود .**(ولو استأجر أرضاً لبناء أو غرس صحّ وإذا انقضت[٣] المدة سلمها فارغة إلا أن يغرم المؤجر قيمته مقلوعاً ويتملكه)** بالنصف عطف على أن يغرم .**(بالنصب عطفاً على أن يغرم بلا رضى المستأجر إن نقص القلع الأرض وإلا)** أي إن لم ينقص القلع بالأرض .**(فبرضاه أو يرضى بتركه فيكون البناء أو الغرس لهذا والأرض لذاك)**. وتفصيل ذلك أنه يجب على المستأجر أن يسلهما فارغة إلا أن يوجد أحد الأمرين:

الأول:[٤] أن يعطي[٥] المؤجر قيمة البناء أو الغرس مقلوعاً ويتملكه[٦] وهذا الإعطاء والتملك يكون جبراً على تقدير أن ينقص القلع الأرض ويكون برضاء[٧] المستأجر.

[والأمر الثاني: أن يرضى المستأجر بترك البناء أو الغرس في أرضه هذا الذي ذكر فيوجب القلع وعدم وجوبه وفهم منه ولاية القلع للمستأجر][٨] وعدمها فإنه قد ذكر أنه إن نقص القلع الأرض يتملكه[٩] بلا رضا[١٠] المستأجر فحينئذٍ والقلع وفي غير هذه يكون . [ز٩٢٣ظ] **(والرطبة كالشجر)** لأن الرطاب[١١] لا نهاية لها فأشبه الشجر بخلاف الزرع فإنه إذا انقضت المدة قبل أوان الحصاد ولا يجبر على القلع بل يترك بأجر المثل إلى أن[١٢] يدرك .**(ومن استأجر لزرع بر فزرع رطبة ضمن[١٣] ما نقصت)**؛ لأن الرطاب أضرب بالأرض من الحنطة فكان خلافاً[١٤] إلى .**(شر بلا أجر)** لأنه غاصب الأرض .**(ومن دفع ثوباً ليخيطه قميصاً**

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١١٩).
(٢) في (ب، ج، و): (يسلك). وفي (هـ): (يسلكه).
(٣) في (و): (تضمن).
(٤) في (و): (للأول).
(٥) في (د): (أعطى).
(٦) في (ب): (ويتملكها).
(٧) في (ب، ج، ز): (برضى).
(٨) ما بين القوسين، لم يرد في (ب).
(٩) في (و): (بالارض).
(١٠) في (و، ز): (تملكه).
(١١) في (و): (الرطبة) والرطبة: وهي البرسيم. ينظر: شرح الكنز (٢/ ١٥١). وحاشية الطحاوي (٤/ ١٧).
(١٢) في (و): (إلا ان).
(١٣) في (و): (فضمن).
(١٤) في (ب): (خلاف).

فخاطه[١] قباء[٢] ضمنه قيمة ثوبه[٣]، أو أخذ القباء بأجر مثله ولم يزد على ما يسمى)؛ لأنه لا يزاد على المسمى عندنا في الإجارة الفاسدة.

باب الإجارة الفاسدة

(الشرط يفسدها) المراد شرط يفسد البيع .**(وفيها أجر المثل)** يعني إذا كان المسمى معلوماً كما يفهم من قوله .**(لا يزاد على المسمى)** وقال زفر والشافعي[٤]: يجب بالغاً ما بلغ كما أن في البيع الفاسد يجب قيمة العين بالغة ما بلغت. ولنا: أن المنافع غير متقومة [د٢٠٤و] بنفسها بل بالعقد وقد أسقط الزيادة فيه، وإذا[٥] نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية .**(وصح إجارة دار كل شهر بكذا في واحد فقط)** إلا أن يسمي جملة شهور معلومة .**(وفي كل شهر سكن ساعة في أوله)** هذا قول بعض المشايخ وهو القياس وفي ظاهر الرواية لكل واحد منهما الخيار في الليلة الأولى من الشهر ويومها وبه يفتى؛ لأن في اعتبار الساعة[٦] حرجاً عظيماً والمقصود هو الفسخ في رأس الشهر، وهو عبارة عن الليلة الأولى ويومها عرفاً كذا في "التبيين"[٧] **(وفي كل علم مدته)** بأن قيل أجرت ستة أشهر كل شهر بكذا .**(وإجارتها سنة بكذا[٨] وإن لم يسمِّ قسط كل شهر وأول المدة ما سمي[٩] وإلا فوقت العقد فإن[١٠] كان حين يهل تعبر الأهلة وإلا فالأيام كالعدة)** أي إن كان عقد الإجارة عند الإهلال تعتبر الأهلة[١١] وإن كان أثناء الشهر فعنده وهو رواية عن أبي يوسف يعبر الكل بالأيام كل شهر ثلاثون يوماً، وعند محمد وهو رواية أخرى عن أبي يوسف: يعتبر الأول بالأيام ويكمل[١٢] من الأخير ويعبر الباقي [ز٢٣٩و] بالأهلة فإن أجر في عاشر ذي الحجة سنة فذو الحجة إن تم على ثلاثين يوماً فالسنة تتم عند محمد على عاشر ذي الحجة وإن تم تسعة وعشرين

---

(١) في (د): (فخاط).

(٢) القباء: ما تلبسه الأتراك مكان القميص فارسي معرب. ينظر: شرح الكنز (٣/ ٢٤٢).

(٣) في (هـ): (ثوب).

(٤) ينظر: الهداية (٣/ ٢٣٣).والأم (٤/ ١٨).

(٥) في (أ): (إذا كان نقص). وفي (و): (وان).

(٦) في (ب): (ساعة).

(٧) قال الصدر الشهيد في الواقعات في باب الإجارة الجائزة: "والصحيح أن يفسخ في الليلة الأولى واليوم الأول من الشهر الثاني والثالث فإن خيار الفسخ إنما يثبت له في أول الشهر وأول الشهر هذا" ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٢٢).

(٨) (بكذا): لم ترد في (ب).

(٩) في (هـ، ز): (ما يسمى).

(١٠) في (د، و، ز): (وان).

(١١) (تعتبر الأهلة): لم ترد في (هـ).

(١٢) في (ب): (وتكمل).

فالسنة تتم على الحادي عشر من ذي الحجة فإن قبلت هلاً يلزم أن ينكر عيد الأضحى [أ١٣٦ظ] في سنة واحدة قلت نعم لكن في السنة التي قدر[١] بها مدة الإجارة في السنة المعروفة فالمحذور غير لازم واللازم غير محذور .(**وإجارة الحمام والحجام والظئر[٢] بأجر معين وبطعامها وكسوتها)**[٣] وقالا: لا يجوز للجهالة وهو القياس، وله: أن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن العادة التوسعة على الأظئار شفقة على الأولاد وهو استحسان . [هـ٣٣٠] (**وللزوج وطئها إلا في بيت المستأجر**)؛ لأن [ب٨٩ظ] البيت في يده فله المنع عن الوطء فيه[٤] (**وله في نكاح ظاهر فسخها إن لم يأذن لها[٥] وإن أقرت بنكاحه لا**) أي إن كان النكاح ظاهراً بين الناس أو يكون عليه شهود فللزوج فسخ الإجارة صيانة لحقه[٦] أما إن علم النكاح بإقرارها لا .(**ولأهل الصبي فسخها إن مرضت أو حبلت**)[٧] لأن لبنها [د٢٠٥ظ] يضر بالولد. [و١٧١ظ] (**وعليها غسل الصبي وثيابه، واصلاح طعامه ودهنه لا ثمن شيء منها، وهو أجره على أبيه، وإن أرضعته[٨] بلبن شاة أو غذته بطعام ومضت المدة فلا أجر، ولم يصح للأذان والإقامة، والحج وتعليم القرآن والفقه، والغناء والنوح[٩] والملاهي، وعسب التيس[١٠]، ويفتى اليوم بصحتها لتعليم القرآن والفقه**) الأصل عندنا لا تجوز الإجارة على الطاعات والمعاصي لكن لما وقع الفتوى في الأمور الدينية يفتى بصحتها في تعليم القرآن والفقه تحرزاً عن الإندراس[١١] (**ويجبر المستأجر على دفع ما قبل ويحبس به وعلى الحلوة**

---

(١) في (ب، ج): (قدتها).
(٢) الظئر: هي المرضعة. ينظر: شرح الكنز (٢/ ١٥٤) ولسان العرب (٤/ ٢٤).
(٣) في (أ): (أو كسوتها).
(٤) (فيه): لم ترد في (ب، ج).
(٥) في (ب، د): (بها).
(٦) (لحقه): لم ترد في (ب، ج).
(٧) في (هـ): (أو قتلت).
(٨) في (و): (أرضعت).
(٩) النوح: بالتشديد ترنم بالغناء والنوح البكاء على الميت وتعديد محاسنه. ينظر: شرح الكنز (٣/ ٣٤٦).
(١٠) عسب التيس: بسكون السين؛ لأن ثمرته المقصودة غير معلومة؛ لأنه قد يلقح وقد لا يلقح فهو غرر؛ ولأنه لا قيمة لمائه؛ ولأن المؤجر التزم مالا قدر له على تسليمه. ينظر: شرح الكنز (٣/ ٢٤٥).
(١١) وهو مذهب المتأخرين من مشايخ بلخ استحسنوا ذلك، وقالوا: بنى أصحابنا من المتقدمين الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس فيهم وكان لهم عطيات في بيت المال وافتقاد المتعلمين في مجازاة الاحسان بالاحسان من غير شرط مروءة يعينونهم على معاشهم ومعادهم وكانوا يفتون بوجوب التعليم خوفاً من ذهاب القرآن وتحريضاً على التعليم حتى ينهضوا لإقامة الواجب فيكثر حفاظ القرآن، وأما اليوم فذهب ذلك كله واشتغال الحفاظ بمعاشهم وقل من يعلم حسبة ولا يتفرغون أيضاً فإن حاجتهم إلى ذلك فلو لم يفتح لهم باب التعليم بالأجر =

المرسومة) الحلوة بفتح الحاء الغير المعجمة هدية تهدى إلى[(١)] المعلمين على رؤوس بعض سور القرآن سميت[(٢)] بها لأن العادة جرت بإهداء الحلاوى وهي لغة يستعملها أهل ما وراء النهر .**(ولا إجارة المشاع إلا من الشريك)** وقالا[(٣)]: تصح [ز٢٤٢ظ] إجارة المشاع[(٤)] من الشريك وغيره وهو قول الشافعي[(٥)] ثم عدم الصحة عنده[(٦)] يحتمل معنى البطلان حتى لا يجب [بالاستعمال شيء وهو اختيار البعض ويحتمل الفساد حتى يجب][(٧)] أمر المثل وهو الصحيح والفتوى على قوله ذكره في "الحقائق" .**(ولو دفع إلى آخر غزلاً لينسجه بنصفه أو استأجر حماراً ليحمل عليه زاداً ببعضه أو ثور ليطحن براً له ببعض دقيقه)** هذا يسمى قفيز الطحان وقد نهى النبي ﷺ عنه[(٨)] والصورتان الأوليان في معنى قفيز الطحان؛ لأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله .**(أو رجلاً)** [أي استأجر رجلاً][(٩)] **(لينجز له كذا اليوم بكذا)** وقالا صحيحة ويقع العقد على العمل وذكر الوقت للتعجيل تصحيحاً للعقد عند تعذر الجمع بينهما فيرتفع[(١٠)] [الجهالة بينهما][(١١)] فيرتفع له[(١٢)]: أن المعقود عليه [ج٨٢ظ] مجهول[(١٣)]؛ لأن الوقت يوجب كون تسليم النفس في ذلك اليوم معقوداً عليها وذكر العمل يوجب كونه معقوداً عليه[(١٤)] ولا ترجيح[(١٥)] ونفع المستأجر في الثاني ونفع الأجير[(١٦)] في الأول فيفضي إلى المنازعة هذا إذا

= لذهب القرآن فأفتوا بجواز ذلك. ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٢٤).

(١) (إلى): مكررة في (ب).

(٢) في (ب، ج): (يسمى). وفي (هـ): (سميت به).

(٣) ينظر: الهداية (٣/ ٢٣٦).

(٤) (المشاع): لم ترد في (ب، ج، د).

(٥) ينظر: المهذب (١/ ٤٠٢) ومختصر المزني ص١٢٦.

(٦) (عنده): لم ترد في (ب، ج).

(٧) ما بين القوسين، لم يرد في (ز).

(٨) (عنه): لم ترد في (ب).
الحديث: من حديث أبي هريرة وأبي سعيد الخدري. ينظر: الدارقطني (٣/ ٤٧) رقم (١٩٥). ومسند أبي يعلى (٢/ ٣٠١) رقم (١٠٢٤). ومعتصر المختصر (١٠ (٣٦٥). وسنن البيهقي الكبرى (٥/ ٣٣٩) رقم (١٠٦٣٦). ونصب الراية الحديث السابع (٤/ ١٤٠). وتلخيص الحبير (٣/ ٦٠) رقم (١٢٨٦). والدراية (٢/ ١٩٠) رقم (٨٦٨). في إسناد ضعيف، وقال البيهقي له طرق أخرى يقوي بعضها بعضاً.

(٩) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).

(١٠) في (د، هـ، ز): (فيرفع).

(١١) ما بين القوسين، لم يرد في (د، هـ).

(١٢) في (هـ): (لأن).

(١٣) في (ب، ج): (مجهولاً).

(١٤) في (ب، ج، د، هـ): (عليها).

(١٥) في (ب، ج): (فلا ترجيح).

(١٦) في (ب): (الأجرة).

أخر الأجر وأما إذا وسطه[1] فبذكر الأول عملاً كان أو و[2]قتاً [ب٨٩و] وذكر[3] الأجر بعده يتم العقد فكان الثاني بعد ذلك إذا كان وقتاً للتعجيل وإن كان عملاً فلبيان العمل في ذلك الوقت فلا يفسد العقد ذكره في "الخانية" .(**أو أرضاً بشرط أن يثنيها**)؛ لأنه يبقى أثره بعد [د٢٠٥و] انقضاء[4] المدة وأنه ليس من مقتضيات[5] العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين وما هذا حالة[6] يوجب الفساد ثم [هـ٣٣١] قيل المراد بالتثنية أن يردها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل أن يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الأرض الربع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وإن كانت ثلاث سنين لا تبقى لتثبته منفعة كذا في [و١٧١و] "الهداية"[7] .(**أو يكري أنهارها**) ليس المراد من الأنهار الجداول، بل الأنهار العظام وهو الصحيح،(**أو يسرقها**) لأنه تبقى منفعته بعد انقضاء العقد، إلا إذا كانت المدة طويلة فلا يبقى لفعله أثر بعد المدة أو كان الربع لا يحصل إلا به إذ حينئذٍ يدخل تحت مقتضى العقد .(**أو يزرعها بزراعة أرض أخرى فسدت**) [ز٢٤٢و] خلافاً للشافعي[8]؛ لأن المنافع بمنزلة الأعيان عنده فيكون بيع الجنس بالجنس [يداً بيد، وعندنا [أ١٣٦و]: ليس كذلك فيكون الجنس بالجنس نساء][9] (**بخلاف استيجارها على أن يكربها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها**) لأن هذا شرط يقتضيه العقد .(**وإن لم يذكر زراعتها وما يزرع فيها لم يصح إن لم يعلمه**) بأن قال ازرع فيها ما شئت بخلاف استيجارها على السكنى على أمر .(**فإن استأجرها**[10] **ومضى الأجل عاد صحيحاً**) هذا استحسان ووجهة[11] أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد وعند زفر لا يعود صحيحاً؛ لأنه وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً وهو القياس .(**ومن استأجر رجلاً**[12] **إلى مصر ولم يسم حمله وحمل المعتاد ومتفق لا يضمن**) لأن العين[13] المستأجرة[14] أمانة في يده وإن كانت الإجارة فاسدة فإن[15] بلغ فله المسمى

---

(١) في (ب، ج): (وسط).
(٢) حرف (الواو): لم يرد في (و).
(٣) في (و): (وكذا).
(٤) في (ب، ج): (لانقضاء).
(٥) في (ب، ج): (بمقتضيات).
(٦) (حالة): لم ترد في (هـ).
(٧) ينظر: الهداية (٣/ ٢٨٣).
(٨) ينظر: مختصر المزني ص١٢٧.
(٩) ما بين القوسين: لم يرد في (و).
(١٠) في (هـ، ز): (فإن استأجرها يقع على الكسنى على ما مر).
(١١) في (ب، ج): (ووجه).
(١٢) في (ب): (رجلاً). وفي (ج، هـ، و): (جمالاً).
(١٣) (العين): لم ترد في (أ).
(١٤) (المستأجرة): لم ترد في (ب، ج).
(١٥) في (ب، ج، ز): (وإن).

استحساناً كما ذكر في المسألة السابقة .(**وإن خاصما قبل الزرع أو الحمل نقض**) أي ينقض القاضي العقد دفعاً للفساد ولا أنه ينتقض العقد بلا نقض كما يتبادر إلى الوهم من عبارة "الهداية".

باب من الإجارة

[فصل ضمان الأجير]

(**الأجير المشترك يستحق الأجر بالعمل فله أن يعمل للعامة**) تفريع على ما سبق فإن استحقاقه لما كان بالعمل لا بتسليم النفس كأن له أن يعمل [ج٨٣ظ] لغيره. (**فسمي بهذا**) أي لما كان له العمل للعامة يسمى بالأجير المشترك .(**كالخياط ونحوه ولا يضمن ما هلك في يده**) [ب٩٠ظ] الأجير المشترك إذا هلك العين في يده[١] من غير فعله لا ضمان عليه [د٢٠٦ظ] عنده[٢] وهو قول زفر والحسن: سواء هلكت بأمر يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب أو لا يمكن كالحريق[٣] الغالب والعدو المكابر، وقالا: يضمن[٤] في القسم الأول دون الثاني لهما: أن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكن العمل بدونه فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كان التقصير من جهته فيضمنه[٥] كالوديعة إذا كانت بأجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه لعدم التقصير من جهته. وله: أن العين أمانة في يده؛ لأن القبض حصل بإذنه والحفظ مستحق عليه تبعاً لا مقصوداً ولهذا لا يقابله[٦] الأجر[٧] بخلاف [هـ٣٣٢] المودع بأجر .(**وإن شرط عليه الضمان**) أي[٨] إن كان الشرط فيما لا يمكن التحرز عنه فلا يجوز بالاتفاق، وإن كان مما يمكنه[٩] التحرز عنه فعلى الخلاف وبقولهما يفتى اليوم لتغير أحوال الناس وبه [و١٧٢ظ] يحصل صيانة أموالهم كذا في "التبيين"[١٠] (**وبه يفتى**) ذكر في

---

(١) (يده): لم ترد في (ب).

(٢) في (ب): (عند).

(٣) في (ب): (كالحرق).

(٤) في (ب): (لا يضمن).

(٥) في (أ): (جهته في يده فيضمنه).

(٦) في (و): (لا يقابلها لآخر).

(٧) (الأجر): لم ترد في (ب، هـ، و).

(٨) (أي): لم ترد في (أ، د).

(٩) في (ج، و): (يمكن).

(١٠) وإن شرط الضمان على الأجير المشترك في العقد فإن شرط عليه فيما لا يمكن الاحتراز عنه لا يجوز بالاجماع؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحدهما ففسدت وإن شرط عليه فيما يمكن لاحتراز فعلى الخلاف. فعندهما: يجوز؛ لأنه يقتضيه العقد عندهما. وعنده يفسد؛ لأن العقد لا يقتضيه فيكون اشتراط فيه مفسداً. ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٣٥). وفي خلاصة الفتاوى: إن شرط عليه الضمان إذا هلك يضمن في قولهم جميعاً؛ لأن الأجير المشترك إنما لا يضمن =

"الخانية"[١] و"المحيط" و"التتمة": أن الفتوى في الأجير المشترك على قوله سواء شرط الضمان عليه أو يشترط .**(بل ما تلف بعمله كدق القصار ونحوه)** كزلق الحمال إذا لم يكن من مزاحمة الناس ذكره في "شرح الطحاوي" وانقطاع الحبل وغرق السفينة من مده إذا لم يكن من صاحب المتاع أو وكيله فيها ذكره في المنشور[٢]، وقال زفر[٣]: لا يضمن إذا لم يتجاوز الحد المعتاد؛ لأنه يعمل بإذن المالك وللشافعي قولان. ولنا: أن المأذون به العمل الصالح وما قيل ينبغي أن يكون المراد بقوله ما تلف بعمله عملاً جاوز فيه القدر المعتاد ولا ينبغي أن يصدر عمن تحقق أن المسألة خلافية لما عرفت أن خلاف زفر على تقدير الإطلاق عن هذا القيد وقد صرح به في "المبسوط"[٤] **(ولا يضمن به آدمياً غرق)** أي عند مده السفينة .**(أو سقط من دابة)** أي[٥] عند سوقه أو قوده؛ لأن الواجب ضمان الآدمي[٦]، وأنه لا يجب بالعقد وإنما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا يحتمله العاقلة .**(ولا حجام أو بزاغ[٧] أو قصار لم يجز المعتاد وانه انكسر دنْ[٨] في[٩] طريق الفرات)** [لا بد في هذا القيد في وجوب الضمان عند أبي حنيفة][١٠] **(ضمن الحمال قيمته في مكان محله بلا أجر أو في موضع كسر[١١] مع حصته أجره)** أما الضمان فإن السقوط والانكسار بانقطاع الحبل أو العثار[١٢] وكل ذلك من صنيعه وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء[١٣] [ب٩٠و] واحد بين أنه وقع تعدياً من الابتداء من هذا الوجه وها هنا

= عنده إذا لم يشترط عليه الضمان، أما إذا شرط عليه الضمان قال الفقيه أبو الليث: اشتراط الضمان وعدمه سواء لأنه أمين واشتراط الضمان على الأمين باطل وبه يفتى.

(١) وبه جزم أصحاب المتون. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٣٩١).

(٢) المنشور في فروع الحنفية: للإمام السيد ناصر الدين أبي القاسم بن يوسف السمرقندي الحنفي. ينظر: كشف الظنون (٢/ ١٨٦١).

(٣) ينظر: الهداية (٣/ ٢٤٠).

(٤) ينظر: المبسوط (١٩/ ٦٦)

(٥) (أي): لم ترد في (هـ).

(٦) في (هـ): (الأجر).

(٧) بزاغ: أي بيطار. ينظر: حاشية مجمع الأنهر (٢/ ٣٩٢).

(٨) الدن: ماعظم من الرواقيد، وهو كهيئة الحب، إلا أنه أطول منه مستوى الضعة في أسفله كهيئة قونس البيضة، وقيل الدن: أصغر من الحب له عسعس، فلا يقعد إلا أن يحفر له. ينظر: العين (٨/ ٩). ولسان العرب (٣/ ١٨٣). وتاج العروس (٩/ ٣٠٢).

(٩) في (و): (دن لا يفعل لغير).

(١٠) ما بين القوسين، لم يرد في (أ، ب، ج، هـ).

(١١) في (هـ): (انكسر).

(١٢) في (هـ): (بالعمار).

(١٣) في (أ، ب): (بشيء).

وجه آخر وهو أن ابتداء الحبل [د٢٠٦و] حصل بإذنه فلم يكن تعدياً "وإنما صار[١] تعدياً"[٢] عند [أ١٣٧و] الكسر[٣] فيميل [ج٨٣و] إلى أي الجهتين شاء، وفي [الوجه[٤] الثاني له][٥] الأجر بقدر ما استوفى وفي الأول لا أجر له؛ لأنه[٦] ما استوفى أصلاً. **(والأجير الخاص[٧] يستحق الأجر بتسليم نفسه مدته وإن لم يعمل كالأجير للخدمة سنة أو لرعي الغنم ويسمى أجيراً[٨] ولأنه لا يعمل لغيره ولا يضمن ما تلف في يده)** [هذا إذا كانت الأغنام لواحد وإن كانت لاثنين أو ثلاثة يضمن ذكره في "الذخيرة".

(أو بعمله المأذون فيه[٩])[١٠] هذا القيد ذكره في "الظهيرية"][١١] إذا لم يتعمد الفساد لابد من هذا القيد أيضاً ذكره في "الخانية"[١٢].

[فصل الإجارة على أحد الشرطين]

(وصح ترديد[١٣] الأجر بالترديد في خياطة الثوب فارسياً أو رومياً) أي قيل أن خطته فارسياً فبدرهم ورومياً بدرهمين. **(وصبغه بعصفر أو زعفران وفي إسكان البيت عطاراً أو حداداً أو في حمل [و١٧٢و] الدابة إلى كوفة أو واسط أو في هذه الدار أو هذه)** أي: أجرتك هذه الدار شهراً[١٤] بدرهم أو هذه [الدار][١٥] شهراً بدرهمين وهكذا[١٦] إذا كان ثلاثة أشياء وفي أربعة أشياء لا[١٧] كما في البيع

---

(١) حرف (الراء): لم يرد في (ب).

(٢) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).

(٣) (الكسر): لم ترد في (أ، هـ).

(٤) في (هـ): (الجهة الثالثة).

(٥) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).

(٦) في (ب): (لأن).

(٧) الأجير الخاص: هو من يعمل لواحد، قيد صاحب الدرر بقوله: "عملاً مؤقتاً بالتخصيص. ينظر: الدرر (٢/ ٢٣٦). وفتح المعين (٣/ ٢٥٤).

(٨) في (و): (ويسمى أجير خاص لأنه) لا يعمل لغير وإنما سمى أجير هذا إذا كان مختص بواحد ولا يضمن.

(٩) (فيه): لم ترد في (و).

(١٠) وفي المنح: الراعي إذا خلط الغنم بعضها ببعض فإن كان يقدر على التمييز لا يضمن ويكون القول قوله في تعيين الدواب إنها لفلان وإن كان خلطاً لا يمكن التمييز يكون ضامناً قيمتها والقول في مقدار القيمة قول الراعي وتعتبر قيمة الأغنام يوم الخلط. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٣٩٤).

(١١) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).

(١٢) حصل تقديم وتأخير في الكلام في (ب، ج، هـ، و).

(١٣) في (هـ): (بترديد).

(١٤) في (أ، ج): (لو شهراً).

(١٥) (الدار): لم ترد في النسخ.

(١٦) (وهكذا): لم ترد في (أ).

(١٧) (لا): لم ترد في (ب).

غير أنه يشترط[١] خيار التعيين في البيع دون الإجارة؛ لأن في الإجارة الأجرة تجب بالعمل وعنده[٢] يتعين بخلاف البيع فإن الثمن يجب بنفس[٣] العقد [هـ٣٣٣] والمبيع مجهول .**(وفي حمل كر بر أو شعيراً عليها ويجب أجر ما وجد)** ذكر في الهداية في مسألة العطار والحداد وكر البر والشعير خلاف أبي يوسف ومحمد، وفي الدابة إلى كوفة أو واسط احتمال الخلاف[٤]، ومسألة الخياط والصبغ متفق عليها .**(ولو رد خياطته اليوم أو غداً)** أي قال: إن خطته[٥] اليوم فبدرهم وفي غد فبنصف درهم .**(فله ما سمى إن خاطه اليوم وأجر مثله إن خاطه غداً)** هذا عنده، وعندهما: الشرطان جائزان، وعند زفر وهو قول الشافعي[٦]: فاسدان؛ لأن ذكر اليوم للتعجيل، وذكر الغد للترفيه[٧] فيجتمع في كل يوم تسميتان [ولهما[٨]: أن كل واحد من التعجيل والتاخير مقصود فصار كاختلاف النوعين][٩]. وله: أن ذكر اليوم للتوقيت؛ لأن اجتماع الوقت والعمل يفسد كما مر ذكره للتعجيل[١٠] فيجتمع في العقد[١١] تسميتان فيصح الشرط الأول دون الثاني[١٢]. **(ولا يتجاوز به المسمى)** أي إن كان أجر المثل زائداً على نصف درهم [لا يجب الزيادة، هذا ما في الأصل وفي "الجامع الصغير"[١٣] لا يزاد درهم ولا ينقص عن [د٢٠٧ظ] نصف درهم][١٤] لكن الصحيح هو الأول؛ لأن المسمى في الغد نصف درهم، [وفي الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يزاد على المسمى وإن خاطه في اليوم الثالث فأجر المثل لا يزاد على نصف درهم][١٥] عنده [ب٩١ظ] هو الصحيح، وأما عندهما فالصحيح أنه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه، ذكره في "العناية".

---

(١) في (أ): (بشرط).
(٢) في (ب): (عنده).
(٣) (بنفس): لم ترد في (ب).
(٤) قيل احتمال الخلاف؛ لأن هذه المسألة ذكرت في الجامع الصغير مطلقاً فيحتمل أن يكون قول الكل أو قول الإمام خاصة. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٣٩٥).
(٥) في (أ، ب، ج): (خاطته).
(٦) ينظر: الهداية (٣/ ٢٤٢).
(٧) في (و): (للتردد فيه).
(٨) في (د): (لهما). ولم ترد في (هـ).
(٩) ما بين القوسين، لم يرد في (ج).
(١٠) في (أ، ب، ج): (للتعليق).
(١١) في (ب): (العقد).
(١٢) في (هـ): (الشرط الثاني دون الأول).
(١٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٤٤٣).
(١٤) ما بين القوسين، لم يرد في (و).
(١٥) ما بين القوسين، لم يرد في (و).

[فصل إجارة العبد]

(ولا يسافر بعبد مستأجر للخدمة إلا بشرطه ولا يسترد[١] **مستأجر أجر ما عمل عبد محجور)** لأن هذه الإجارة بعد الفراغ صحيحة استحساناً؛ لأن الفساد لرعاية حق المولى وبعد الفراغ رعاية حقه في الصحة ووجوب الأجرة .**(ولا يضمن آكل غلة عبد غصبه فاجر**[٢] **هو نفسه)** غصب عبداً [ج٨٤ظ] فأجر نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله[٣] فلا ضمان عنده، وقالا: هو ضامن؛ لأنه أكل مال المالك بغير إذنه. وله: أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز؛ لأن التقوم به، وهذا غير محرز في حق الغاصب؛ لأن[٤] العبد لا يحرز نفسه فكيف يحرز ما في يده. **(وصح للعبد قبضها ويأخذها**[٥] **مولاه قائمة)** لأنه وجد عين ماله وإنما يصح قبض العبد عندهم؛ لأنه مأذون له في التصرف على[٦] اعتبار الفراغ سالماً .**(ولو استأجر عبداً شهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة صح والأول بأربعة**[٧] **وحكم الحال**[٨] **أن قال مستأجر العبد مرض هو أو أبق في أول المدة وقال المؤجر في آخرها)** أصل الاختلاف جريان ماء الطاحونة وانقطاعه[٩].

[فصل الاختلاف في الإجارة]

(وصدق) أي مع اليمين .**(في رب الثوب في أمرتك أن تعمله قباء أو تصبغه أحمر لا أجير قال أمرتني بما عملت)** لأن الإذن يستفاد من رب الثوب .**(وفي عملت لي مجاناً لا صانع قال بل بأجر)** لأنه [و١٧٣ظ] ينكر تقوم عمله إذ هو يتقوم بالعقد وينكر[١٠] الضمان، وقال أبو يوسف: إن كان الرجل حريفاً له[١١] أي

---

(١) في (هـ): (ولا يترد).
(٢) في (و): (فاجره).
(٣) في (أ، د، هـ، و): (وآكله). وفي (و): (الأكل).
(٤) في (هـ): (فلا ضمان لأن العبد).
(٥) في (ب، ج): (ويأخذ).
(٦) في (ب، ج): (وعلى).
(٧) في (ب): (بائعه).
(٨) في (و): (للحال).
(٩) إذا قال المالك ماء الطاحونة كان جارياً في المدة، وقال المستأجر لم يكن جارياً فيها فالقول للمالك إن كان جارياً وإلا فللمستأجر، وفي الخلاصة: رجل استأجر رحى ماء وبيتها ومتاعها مدة معلومة بأجرة معلومة فانقطع الماء سقط من الأجر بحسابه وإن لم ينقض الإجارة حتى عاد الماء لزمته الإجارة، وإن اختلفا في نفس الانقطاع يحكم للحال. ينظر: مجمع الأنهر (٢/٣٩٧).
(١٠) في (هـ): (ينكر).
(١١) في (ب، هـ): (يقعا له).

خليطاً له فله الأجر وإلا فلا؛ لأن سبق ما بينهما يتعين جهة الطالب جرياً [هـ٣٣٤] على معتادهما، وقال محمد[١]: إن كان الصانع معروفاً بهذه الصفة بالأجرة فالقول قوله[٢] اعتباراً بالظاهر[٣]، والقياس: ما قاله أبو حنيفة، والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع والحاجة إلى الاستحقاق.

باب فسخ الإجارة

(**هي تفسخ بعيب فوت[٤] النفع كخراب[٥] الدار وانقطاع ماء الأرض والرحى أو [أ١٣٧و] أخل به كمرض[٦] العبد ودبر الدابة**)[٧] إنما قال تفسخ لأنه اختار قول عامة المشايخ وهو عدم انفساخ العقد بالعذر وهو الصحيح نص عليه في "الذخيرة"، وإنما لا ينفسخ لا لإمكان الانتفاع بوجه آخر؛ لأنه غير لازم بل؛ لأن المنافع فاتت على وجه يتصور عودها [د٢٠٧و] ذكره في "الهداية" (**فلو انتفع بالمعيب[٨] أو أزال المؤجر العيب سقط خياره**) أي خيار المستأجر .(**وبخيار الشرط والرؤية وبالعذر**)[٩] وقال الشافعي[١٠]: لا تفسخ بالآخرين . [ب٩١و] (**وهو لزوم ضرر لم[١١] يستحق بالعقد إن بقي كما في سكون وجع ضرس استؤجر لقلعه**) لأنه في المضي عليه فيه إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد .(**وموت عرس استؤجر[١٢] من يطبخ وليمتها**)[١٣] لما مر آنفاً .(**ولحقوق دين لا يقضى إلا بثمن ما أجره**) لأنه يلزمه ضرر الحبس باعتبار أنه قد لا يصدق على عدم مال آخر .(**وسفر مستأجر عبد للخدمة مطلقاً أو في المصر**) [فإن الاستيجار للخدمة مطلقاً يتقيد بالخدمة في المصر][١٤]، فإن قال المؤجر لا تسافر ما مضى[١٥] على الإجارة

---

(١) والفتوى على قول محمد. ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٤٣).

(٢) ينظر: الهداية (٣/ ٢٤٣) وما بعدها.

(٣) في (و): (فيه إشارة إلى أن يرجع ما ذكر أبو يوسف أيضاً باعتبار الظاهر).

(٤) في و: (قوة).

(٥) في د: (كحراب).

(٦) (كمرض): لم ترد في (ب).

(٧) دبر الدابة: الدبرة واحدة الدبر بالفتح جراحة تحدث في ظهرها من ثقل الرجل، ينظر: مجمع الأنهر: (٢/ ٣٩٩).

(٨) في (هـ، و): (بالعيب).

(٩) في (ب): (وبالقدر).

(١٠) حسب قول الشافعي: لا تفسخ بخيار الشرط ولا بالعذر.

(١١) في (و): (ضرر زائد).

(١٢) في (هـ، و): (استأجر).

(١٣) في (هـ): (وسميتها).

(١٤) ما بين القوسين، لم ترد في (و).

(١٥) في (ب، ج): (ما معنى).

فللمستأجر أن يفسخ، وإن أراد المستأجر أن يخرج العبد فللمؤجر الفسخ [ج٨٤و] أما إذا أرضي المؤجر بخروجه فليس للمستأجر حق الفسخ .(**وإفلاس مستأجر**[١] **دكان ليتجر فيه وخياط استأجر عبداً ليخيط فترك عمله**) أي للإفلاس وهذا خياط يعمل برأس مال أما الذي ليس له مال ويعمل بالأجر فلا يتحقق في حقه العذر فإن رأس ماله أبره ومقراض[٢] (**وبداء مكتري الدابة في سفره بخلاف بداء المكاري**)[٣] والفرق بينهما أن العقد من طرف المكتري تابع لمصلحة السفر فربما[٤] يفوت تلك المصلحة فلا يمكن إلزامه لأجل الاكتراء ومن طرف المكاري ليس بذلك فبداؤه بداء من طرف العقد قصداً فلا اعتبار له .(**وترك خياطة مستأجر عبد ليخيط**) متعلق بمستأجر .(**ليعمل في الصرف**) متعلق بترك وإنما لم يكن غدراً إذ يمكنه[٥] أن يعقد الخياط من ناحية من الدكان ويعمل الصرف في ناحية أخرى. (**وبيع ما أجره وينفسخ بموت أحد المتعاقدين عقدهما لنفسه وإن عقد لغيره فلا كالوكيل والوصي ومتولي الوقف**).

مسائل شتى

(**من احترق**[٦] **في حصائد**[٧] **أرض المستأجرة أو مستعارة فاحترق شيء في أرض جاره لم يضمن**) لأن هذا تسبب [و١٧٣و] وشرط الضمان فيه التعدي، وقال شمس الأئمة السرخسي:[٨] هذا إذا كانت الريح[٩] ساكنة حين أوقد النار ثم تحركت؛ لأنه لا صنع له في تحريكها وأما إذا كانت مضطربة ينبغي أن يضمن لأنه لا يعلم[١٠] إنها

---

(١) في (أ): (المستأجر).

(٢) معنى الإفلاس: ربما يظهر خيانته عند الناس، فيمتنعون عن تسليم الثياب إليه، أو يلحقه ديون كثيرة.

(٣) المكاري: هو الذي يكريك دابته، والجمع أكرياء، وهو الذي يتعاقد مع راغبي السفر لنقلهم ونقل أمتعتهم على دوابه. ينظر: المغرب (٢/ ٢١٧). ولسان العرب (١٥/ ٢١٨). ومختار الصحاح (١/ ٢٣٧).

(٤) في (ب، ج): (بما).

(٥) في (و): (يمكن).

(٦) في (ب): (احتراق).

(٧) حصائد الزرع: جمع حصيد وحصيدة، وهو الزرع المحصود وأريد ههنا ما يبقى في الأرض من أصول القصب المحصود، وفي شرح الجامع الصغير: استأجر ارضاً فأحرق الحصائد فاحترق شيء في أرض غيره لا يضمن. ينظر: المغرب (١/ ٢٥٠).

(٨) ينظر: المبسوط (٢٣/ ١٨٨). وتبيين الحقائق (٥/ ١٤٧).

(٩) في (ب): (كانت إلا الريح).

(١٠) في (ب): (لا يعلم).

لا تستقر فلا يعذر فيضمن[1][2] [هـ٣٣٥] **(وإن أقعد خياط أو صباغ في دكانه من يطرح عليه العمل بالنصف صح)** هذا شركة الصنائع وصاحب الهداية أطلق عليه شركة الوجوه[3]، إلا أنه عين المراد حيث قال: "فهذا بوجاهته يقبل: وهذا بحذافته يعمل فتنضم بذلك المصلحة ولا تضر الجهالة بما يحصل"[4] وهذا العقد غير جائز قياساً وإليه مال [د٢٠٨ظ] الطحاوي؛ لأن أحدهما [ب٩٢ظ] يقبل العمل ويستأجر الآخر بنصف ما يخرج من عمله وهو مجهود جائز استحساناً ووجهة ما ذكر آنفاً. **(كاستئجار جمل يحمل عليه محملاً وراكبين وحمل محملا[5] معتاداً)** [وعند الشافعي: لا يجوز للجهالة][6] **(ولو رآه الجمال فأجود وإن استأجر ليحمل قدراً من زاده فأكل منه رد عوضه ومن قال لغاصب داره فرغها وإلا فأجر منها كل شيء بكذا فلم يفرغ فعليه المسمى)** لأنه عين الإجارة والغاصب التزمه فانعقد بينهما عقد إجارة. **(إلا إذا جحد)** أي الغاصب ملكه .**(وإن أقام بين من بعد)** فإنه لما جحد ملكه لم يكن ملتزماً بإجارة وإقامة البينة بعد ذلك لا يجري .**(وأقر بالملك له)** عطف على قوله إذا جحد .**(لكن قال: لا أريد بهذه الأجرة)** فإنه حينئذ لا يكون ملتزماً بالإجارة .**(وصحة الإجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة)** أي المساقة .**(والوكالة والكفالة والمضاربة والقضاء والأمانة)** [ج٨٥ظ] أي تفويضها .**(والإيصاء)** أي جعل الغير وصياً. **(والوصية والطلاق والعتاق والوقف مضافة)** أي إلى زمن المستقبل كما يقال في المحرم أجرت هذا الدار من غرة رمضان إلى سنة .**(لا بيع وايجارته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عند مال إبراء الدين)** لإنها تمليك وقد أمكن تنجيزها للحال فلا حاجة إلى الإضافة بخلاف الفصل الأول.

---

(١) (فيضمن): لم ترد في (و).

(٢) وذكر في النهاية معزياً إلى التمرتاش إنه لو وضع جمرةً في الطريق فأحرقت شيئاً ضمن؛ بأنه متعدَ بالوضع، ولو رفعته الريح إلى شيء فأحرقته لا يضمن بأن الريح نسخت فعله، ولو أخرج الحداد الحديد من الكير في دكانه فوضعه على العلاة وضربه بمطرقة وخرج شرار النار إلى طريق العامة واحرق شيء ضمن ولو لم يضر به ولكن اخرج الريح شيئاً فأحرق شيئاً لم يضمن. ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٤٧).

(٣) قال: العيني في شرح الكنز: وفيه نظر؛ لأن شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا وليس في هذه من بيع ولا شراء فكيف يتصور أن يكون شركة الوجوه. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٤٠٣). والرمز (٢/ ٢٠٥).

(٤) ينظر: الهداية (٣/ ٢٤٦).

(٥) محملاً: المحل بفتح الميم الأولى وكسر الثانية، أو على العكس، الهودج الكبير. ينظر. المغرب (١/ ٢٢٦). والمصباح (١/ ١٥٢).

(٦) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).

كتاب المكاتب

([أ١٣٨ظ] **الكتابة في الشرع: عقد بين المولي**[1] **قنه ويكون من المولي رقبته ومن القن العوض)** يسمى به؛ لأن كلاً منهما كتب على نفسه الأداء[2] وهذا الوفاء كذا في "الحقائق "وأما ما ذكر من إعتاق[3] المملوك يداً حالاً ورقبة مالاً فأثر يترتب عليه ولا يلزمه؛ لأن إعتاقه رقبة أيضاً قد يوجد حالاً كما إذا أدى البدل حالاً .**(فإن كاتب قنه ولو صغيراً يعقل بمال حال)** قال الشافعي: لا يجوز حالا ولابد من نجمين أي شهرين؛ لأنه عاجز عن التسليم[4] في زمان قليل، قلنا: يمكن أن يستقرض .**(أو مؤجل أو منجم)** أي موزع حصصاً يؤديها دفعات النجم في الأصل الكوكب نقل إلى الوقت المضروب المعين إذ يتعرفون الأوقات [و١٧٤ظ] بالنجوم[5] فقيل نجوم الكتاب للأوقات المعينة لأداء حصصها ثم استعمل في تلك الحصص المؤدات في تلك الأوقات ثم اشتق[6] فيه الفعل فقيل نجم الكتابة أو الدية أي وزع حصصاً وأداها كذا في "حاشية الكشاف". [ب٩٢و] **(أو قال جعلت عليك ألفاً تؤديه ما أولها كذا وآخرها كذا فأديته فأنت حر وإن عجزت فقنٌّ**[7] **[ز٢٤٦ظ] وقيل العبد صح)** [د٢٠٨و] أي صح هذا العقد سواء [هـ٣٣٦] كان بلفظ الكتابة أو بلفظ آخر يؤدي معناه[8] **(فخرج من يده)** أي إذا صحت الكتابة يخرج المكاتب من يد المولى **(دون ملكه وعتق مجاناً إن أعتق وغرم السيد إن وطئ مكاتبته أو جنى عليها أو على ولدها أو على مالها)** أي العقر

---

(١) في (هـ): (مولى).
(٢) في (ز): (الابراء).
(٣) في (و): (انه اعتاق).
(٤) في (ب، ج): (تسليم).
(٥) في (و): (بالنجم).
النجم: هو الطالع، ثم سمي به الوقت، ومنه قول الشافعي: أقل التأجيل نجمان أي شهران، ثم سمي به ما يؤدي فيه من الوظيفة. ينظر: المغرب (٢/ ٢٩١).
(٦) في (ج): (اختق).
(٧) في (د): (القن).
(٨) والقياس أن لا يجوز؛ لأن فيه تعليق العتق باداء الماء وهو لا يوجب الكتاب وجه الاستحسان أن العبرة للمعاني وقد أتى بمعنى الكتابة مفسراً فينعقد به مثل قوله جعلت عليك أن يحتمل عقد الكتابة ويحتمل الضريبة على العبد فلا تتعين جهة الكتابة إلا بقوله فإن أديت فأنت حر فيكون قوله وإن عجزت فقن حثاً للعبد على الداء. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٤٠٦) وما بعدها.

أو أرش الجناية أو مثل المال أو قيمته.

[فصل في الكتابة الفاسدة]

(**وإن كاتب على قيمة أو عين لغيره تتعين بالتعيين**) احترز به عن الكتابة على دراهم الغير[(١)] أو دنانيره فإنها جائزة ثم أن ما ذكر ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة أنها تصح .(**أو مئة ليرد سيده عبداً غير عين**) هذا عندهما، وعند أبي يوسف: تصح الكتابة ويقسم المائة على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فما أصاب العبد يسقط عنه ويكون مكاتباً بما بقي وإنما قال غير عين؛ لأنه لو شرط أن يرد عيناً يصح عندهما أيضاً .(**أو على خمر أو خنزير وأحدهما مسلم وعتق فيهما وسعى في**[(٢)] **قيمته إن أدى ما سمى**) [ج٨٥و] يعني[(٣)] قبل أن يترافعا إلى القاضي هذا في ظاهر الرواية، روى عن أبي حنيفة ومحمد وهو قول زفر: أنه يعتق بأداء قيمة نفسه ولا يعتق بأداء ما سمى، وعند أبي يوسف: يعتق بأداء القيمة وبأداء ما سمى أيضاً كذا في "الحقائق"، وعند أبي حنيفة أنه يعتق بأداء ما سمى إذا قال إن أديتها فأنت حر كذا في "الهداية"[(٤)]، ثم إنها تفسد إذا كان المولى مسلم والعبد ذمي أو على عكسه أما لو كانا ذميين يجوز الكتابة [ذكره في "المبسوط"[(٥)]][(٦)].

(**ولا ينتقص مما سمى وزيد عليه**) مسألة مبتداة [معناها أن القيمة في الكتابة الفاسدة وإذا كانت من جنس المسمى لا ينقض عنه وإن][(٧)] كانت[(٨)] زائدة زيدت عليه .(**وصحت على حيوان ذكر جنسه فقط**) أي لم يذكر نوعه وصفته . [ز٢٤٦و] (**ويؤدي الوسط أو قيمته**) إنما يخير لأن كل واحد من وجه أما الوسط فظاهر وأما قيمته فلأنه يعرف بها فصارت أصلاً فدفع القيمة قضاء[(٩)] في معنى الأداء .(**وفي كافر كاتب عبداً مثله بخمر مقدرة صح وإن أسلم لسيده قيمتها وعتق بقبض الخمر**) لأن عتقه متعلق بقبضها لكن مع ذلك تجب القيمة كما مر.

باب تصرف المكاتب

(**صح بيعه وشراؤه وسفره وإن شرط ضده**) أي [ب٩٣ظ] إن شرط أن لا يسافر

---

(١) في (ب): (لغيره).
(٢) (في): مكرر في (ج).
(٣) (يعني): لم ترد في (هـ).
(٤) ينظر: الهداية (٣/ ٢٤٩)
(٥) ينظر: المبسوط (٧/ ٢١١).
(٦) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).
(٧) ما بين القوسين، لم يرد في (أ، ب).
(٨) في (أ، ب، ج): (كان).
(٩) (قضاء): مكرر في (ب، ج).

فله السفر استحساناً [و١٧٤و]؛ لأنه شرط مخالف لمقتضى[(١)] العقد وهو مالكية اليد فبطل الشرط وصح العقد؛ لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا يفسد الكتابة وهذا؛ لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب[(٢)] العقد كما إذا هو الأصل[(٣)] **(وإنكاح أمته وكتابة رقيقه)** عبداً كان أو أمة وعند زفر والشافعي: لا تجوز الكتابة وهو القياس؛ لأن مالها العتق والمكاتب ليس من أهله، وجه الاستحسان: أنه عقد اكتساب للمال[(٤)] [هـ٣٣٧] فيملكه وقد يكون انفع له من البيع؛ لأنه لا يزيل الملك إلا بعد وصول البدل إليه والبيع قبله [أ١٣٧و] .**(وله ولاءه إن أدى بعد عتقه ولسيده إن أدى قبله)** [أي للمكاتب الأول][(٥)] ولاء الثاني إن أدى الثاني بعد عتق الأول ولسيده إن أدى قبله فمن وهم أن عتقه مطلقاً مضاف إلى المولى فقد وهم .**(ولا هبته ولو بعوض ولا تصدقه إلا بيسير وتكفله وإقراضه وإعتاق عبده ولو بمال)** لأنه فوق الكتابة .**(وبيع عبد منه وإنكاحه)** فإن الأول إعتاق والثاني إتلاف مال .**(ووقف تزوجه على الإذن)** أي على إذن المولى، قال في "الذخيرة": تزوجه بنفسه بلا إذن من مولاه ليس بفاسد بل موقوف على إجازة [ج٨٦ظ] مولاه فإن عتق[(٦)] قبل إجازة المولى نفذ ذلك النكاح على المكاتب ولا يحتاج إلى الإجازة .**(والأب والوصي في رقيق الصغير كالمكاتب)** أي كل ما تصرف [ز٢٤٥ظ] بملكه المكاتب في رقيقه بملكه في رقيق الصغير ومالاً فإنهما[(٧)] يملكان تصرفاً يحصل به المال للصغير كالمكاتب بملك كسب العبد المال[(٨)] فيملكان كتابة عبده لا إعتاقه على مال وبيع عبده من نفسه .**(وشيء من ذا لا يصح من مأذون ومضارب وشريك)** الإشارة إلى ما نفى[(٩)] صحته بدليل وقوله .**(أيضاً ويتكاتب[(١٠)] عليه بالشراء ولده وأبواه لا من لا ولاء بينهما)** وقالا: يدخل في مكاتبته بالشراء كل ذي رحم محرم منه كما يعتق عليه وله: أن المكاتب كسباً لا ملكاً والكسب يكفي للصلة في الولاء حتى أن القادر

---

(١) في (ز): (مقتضى).

(٢) في (ب، ج): (صلبه). وفي (ز): (في صلب العقد وبالنكاح في شرط لم يمكن في صلبه).

(٣) أو نقول: أن الكتابة في جانب العبد إعتاق؛ لأنه إسقاط الملك، وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر إعتاقاً في حق هذا الشرط، والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة. ينظر: الهداية (٣/ ٢٥١).

(٤) في (ب، ج): (المال). وفي (هـ): (كتاب المال).

(٥) ما بين القوسين، لم يرد في (ز).

(٦) في (أ): (أعتق المكاتب).

(٧) في (ب، ج، هـ): (فإنها).

(٨) (المال): لم ترد في (هـ، و، ز).

(٩) في (أ): (ما ينفي).

(١٠) في (ز): (ومكاتب).

على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفى في غيرهما حتى لا تجب نفقة الأخ إلا على الموسر .**(وصح بيع أم ولده شراها بدونه وإن شرى معه فلا)** وقال: لا يصح بيعها [ب٩٣و] في الصورتين؛ [لأنها[١] أم ولد وله أن القياس أن يجوز [د٢٠٩و] بيعها في الصورتين][٢]، لأن كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ إلا إنه يثبت هذا الحق فيما إذا كان معه ولد تبعاً لثبوته في الولد بناء عليه بدونه لو ثبت[٣] ابتداء والقياس بنفيه .**(كولد ولد له من أمته)** أي إن ولد من أمته فادعاه دخل في كتابه .**(وكسبه له)** أي كسب ولد المكاتب يكون للمكاتب؛ لأن الولد كسبه فكسب الولد كسب كسبه .**(ان[٤] كاتب[٥] زوجين)** أي كاتب قنين له أحدهما زوج الآخر **(فولدت دخل في كتابها وكسب لها)**[٦] لأن تبعية [و١٧٥ظ] الأم أرجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية **(وإن ولدت حرة في زعمها من مكاتب أو عبد نكحها بإذن فاستحقت فولدها عبد)** [أي تزوج مكاتب بإذن مولاه امرأة قالت: انا حرة فولدت منه فاستحقت مولدها عبد][٧]، وعندهما وعند محمد، حر بالقيمة لأنه ولد المغرور، ولهما: أن القياس أن يكون عبداً لكونه مولوداً من الأمة، وخالفتا القياس فيما إذا كان أبوه حراً بإجماع الصحابة "رضوان الله عليهم أجمعين"[٨] وهذا ليس في [ز٢٤٥و] معناه؛ لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة تاجره وها هنا بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتاق فلا يلحق به فيبقى على [هـ٣٣٨] الأصل .**(وإن وطء أمة لملكه)** أي وطئ المكاتب أمة بغير إذن المولى بناء على أنها ملكه بأن اشتراها أو وهبت له .**(فاستحقت أو بشراء[٩] فاسد[١٠] فروت أخذ عقرها في الحال كالمأذون للتجارة)** يعني أنه مثل المكاتب في الحكم المذكور .**(ولو نكح فوطئ أخذ حين عتق)** أي إن نكح بغير إذن المولى فوطئ يجب العقر بعد العتق.

---

(١) في (أ): (لأنه).

(٢) ما بين القوسين، لم ترد في (هـ).

(٣) (ثبت): لم ترد في (ب، ج، هـ).

(٤) في (د، و): (وان).

(٥) في (أ): (كاتب).

(٦) أي زوج أمته من عبده فكاتبهما وولدت ولداً دخل الولد في كتابة الأم وكسبه للأم؛ لأن الولد يتبع الأم، فالرق وإلا عتق وفروعه مثل الكتابة والتدبير والاستيلاد، فإن هذه الأوصاف القارة الشرعية في الأمهات تسري إلى الأولاد، وإذا سرت كتابتها إلى ولدها لم يجز بيعه كما لم يجز بيع أمه. ينظر: الوقاية ص٧٥٢.

(٧) ما بين القوسين، لم يرد في (ب، ج).

(٨) الزيادة من (ب).

(٩) في (ب): (لم وشرى).

(١٠) (فاسد): لم ترد في (ب).

ووجه الفرق: أن الأول ظهر الدين في حق المولى؛ لأن التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر[(١)] من توابعها؛ لأنه لولا الشراء لما وجب العقر؛ لأن وجوبه بسقوط[(٢)] الحد [ج٨٦و] وهو بالشراء وما يجب بسبب[(٣)] الشراء في توابع التجارة ولم يظهر في الثاني؛ لأن النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة [أ١٣٨ظ] **(وصح تدبير مكاتبه وعجز نفسه فكان مدبراً أو مضى عليها)** أي له الخيار أما إن عجز نفسه فكان مدبراً أو مضى على الكتابة **(ويسعى في ثلثي قيمته أو ثلثي البدل إن مات سيده فقيراً)** [(٤)]أي إن مات ولا مال له سواء وقد اختار المصنف على الكتابة أو لم يخير شيئاً فهو بالخيار بين السعايتين المذكورتين وإن كان ثلثاً بدل الكتابة أو أكثر من ثلثي قيمته لفائدة في هذا التخير فإن ثلثي [و٢١٠ظ][(٥)] بدل الكتابة مؤجل[(٦)] والآخر[(٧)] معجل على [ب٩٤ظ] مذهبه وعسى أن[(٨)] يختار الاكثر المؤجل على الأقل المعجل على قولهما كلا المالين حال وهو حر كله لعدم نجزي الإعتاق فيلزمه فلهما لعدم الفائدة في التجير[(٩)] **(واستيلاء ومكاتبته)** أي إن ولدت المكاتبة فادعى المولى الولد تصير أم ولد **(ومضت عليها أو عجزت وصارت أم ولد)** أي تتخير بين أن تمضي على الكتابة وتؤدي البدل فتعتق[(١٠)] قبل موت المولى وبين أن تعجز نفسها فتعتق بعد موت المولى وإن مضت على الكتابة فلها [ز٢٤٨ظ] أن تأخذ العقر من سيدها **(وكتابة أم ولد وعتقت بموته مجاناً ومدبر فيسعى في ثلثي قيمته أو كل البدل في موت سيده معسراً)** هذا عنده، وعند أبي يوسف: يسعى في الأقل منهما، وعند محمد: في الأقل من ثلثي القيمة وثلثي البدل، أما الخيار عنده فقرع التجزي وقد مر في موضعه وأما المقدار لمحمد يقول[(١١)]: البدل أنه قابل الكل وقد سلم لها بالتدبير. [و١٧٥و] وهما يقولان: جميع البدل وقع في مقابلة الثلثين؛ لأن الظاهر

---

(١) في (ب، ج): (العقد).
(٢) في (ب، ج): (لسقوط).
(٣) (بسبب): لم ترد في (ب، ج).
(٤) في (ب، ج): (فقير).
(٥) في (ج): (البدل).
(٦) في (أ): (وإلا معمل).
(٧) (والاخر): لم ترد في (أ).
(٨) في (أ، ج): (وعيسى).
(٩) في (ز): (وصح واستيلاء).
(١٠) في (هـ): (مغلق).
(١١) ينظر: الهداية (٣/ ٢٥٤) وما بعدها.

أن الإنسان لا يلتزم إلا المال في مقابلة ما يستحق حريته[١] **(وصلحه مع مكاتبة على نصف حال من بدل مؤجل)** والقياس: أن لا يصح؛ لأنه اعتياض عن الأجل بالمال. ووجه[٢]الاستحسان : أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه؛ لأنه لا يقدر على الأداء إلا به وبدل الكتابة ليس مالاً من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا **(وإن مات مريض كاتب عبده فيه)** أي مرض الموت **(على الأكثر من قيمته)** قال في "الحقائق" : التقدير[٣] ليس[٤] بلازم بل المراد أن بدل الكتابة أكثر من قيمته[٥] **(بأجل ولا مال له غيره ورد ورثته أدى ثلثي البدل حالاً وباقيه مؤجلاً أو استرق)** [هـ٣٣٩] أي خير العبد بين الأمرين المذكورين وهذا عندهما، وعند محمد: خير بين أن يؤدي ثلثي القيمة، حالاً والباقي إلى تمام البدل مؤجلاً، وبين أن يمتنع فيسترق ؛لان المريض ليس له التأجيل في ثلثي القيمة أما في فيما رواه يصح له الترك فيصبح التأخير. ولهما: أن جميع المسمى بدل الرقبة وحق الورثة متعلق بالبدل فلا يصح التأخير في ثلث **(وفي نصف قيمته)** أي فيما إذا كان البدل نصف القيمة [ج٨٧ظ] أي في مسألة موت المريض الذي كاتب عبده على بدل مؤجل **(أدى ثلثيها حالاً أو استرق)**[٦] لأن المحاباة وقعت في المقدار وفي التأخير فاعتبر الثلث فيهما. [ب٩٤و] **(وإن قال حر لسيد كاتب عبدك على كذا وشرط العتق بأدائه أولاً)** أي سواء قال: إن أديت فهو أو لم يقل [ز٢٤٨و] .**(ففعل وأدى إلى عتق)** أن في صورة الشرط فظاهر وأن في الأخرى فالقياس أن لا يعتق. وفي الاستحسان: يعتق لأنه يتوقف على قبول العبد الغائب فيما يضره وهو وجوب البدل عليه لا فيما ينفقه وهو صحة أداء القائل البدل .**(ولم يرجع)** أي لا يرجع المؤدي إلى العبد ؛ لأنه متبرع في الأداء .**(وإن قبل العبد فهو مكاتب وإن كوتب حاضر وغائب وقبل الحاضر فأي أدى قبل جبراً وعتقاً)**. صورتها: أن يقول كاتبني بألف على نفسي وعلى خلاف فقل فقبل الحاضر فالقياس: أن يصح في حصته

---

(١) (حريته): لم ترد في (و، ز).
(٢) في (ب، ج): (وجه).
(٣) في (ز): (التدبير).
(٤) (ليس): لم ترد في (هـ).
(٥) في (ب، ج): (قيمته لم أضف على من التبيين).
(٦) أي خير بين الروايتين. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٤١٥).

وفي صحة الغائب يتوقف على قبوله. ووجه الاستحسان: أن الحاضر أضاف العقد إلى نفسه أصيلاً والغائب تبعاً فيصح كما يصح على الأولاد بالتبعية فأيهما أدى قبل جبراً أما الحاضر فلأن [أ١٣٨و] كل البدل عليه وأما الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية وإن لم يكن البدل عليه .(**فصار كمعير الرهن**)[1] إذا أدى الدين يجير المرتهن على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه .(**ولم يرجع على الآخر**) لأنه متبرع في حق الآخر بخلاف معير الرهن فإنه يرجع المستعير وإن أدى بغير أمره؛ [و١٧٦ظ]؛ لأنه مضطر في الأداء؛ لأنه يخاف تلف ماله في يد المرتهن ولا يمكن[2] من تخليص العين عنه إلا بأداء الدين (**وقبول الغائب لغو**)؛ لأن العقد نفذ على الحاضر (**وإن كوتبت أمة وطفلان لها وقبلت فإن أولى لم يرجع وعتقوا**) كما في المسألة الأولى.

باب كتاب العبد والمشترك

(**أحد شريكي عبد أذن للآخر بكتابة حصته**) أي حصة الآخر .(**بألف وقبضه ففعل وقبض بعضه فذا له**) أي للقابض .(**إن عجز**) هذا عنده وأصله أن الكتابة[3] منجزة[4] على قوله فيكون مقتصراً على نصيبه وفائدة الإذن أنه إن لم يأذن فله حق الفسخ فبالإذن لا يبقى ذلك وإذنه لشريكه بالقبض إذن للعبد بالأداء إليه [ز٢٤٧ظ] فيكون متبرعاً في نصيبه على القابض فيكون له، وعندهما: [هـ٣٤٠] الكتابة غير متجزئة فالإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل فالقابض أصيل في البعض ووكيل في البعض والمقبوض مشترك بينهما فبقي كذلك بعد العجز . [ب٩٥ظ] (**مكاتبة لرجلين جاءت بولد فادعاه أحدهما ثم جاءت بآخر فادعاه الآخر فعجزت فهي أم ولد للأول وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها وشريكه عقرها، وقيمة الولد وهو ابنه**)[5] بيانه: لما ادعى أحدهما الولد [فتحت دعوته لقيام الملك فيه وصار نصيبه أم ولد له لأن المكاتبة لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فقتصر أمومية الولد على

---

(١) صورته: استعار الرجل عيناً من غيره ليرهنه بدين عليه للآخر فرهنه ثم احتاج المعير إلى استخلاص عينه، فإن أدى الدين إلى المرتهن يجبر المرتهن على القبول، وإن لم يكن على معير الرهن دين، وإنما هو على المستعير، وإن أدى الدين يرجع على المستعير به، وإن ادى بغيره أمره، لأنه مضطر إلى تخليص عينه ولا يتمكن إلا بأداء الدين. ينظر: الوقاية ص٧٥٦.

(٢) في (ب)، (ج): (ولا يمكن).

(٣) في (ب، ج): (الكتاب).

(٤) في (أ، ب، ج): (منجز).

(٥) في (د، هـ، و، ز): (ولده).

نصيبه كما في المدبرة المشركة وإذا أدعى الثاني ولدها الأخير][1] صحت دعوته أيضاً لقيام ملكه ظاهراً ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم يكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول؛ لأنه زال المانع من الانتقال ووطئه سابق ويضمن نصف قيمتها[2]؛ لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاء ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد يكون ولده[3]؛ لأنه بمنزلة المغرور؛ لأنه حين وطئها كان ملكه قائماً ظاهراً وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة ولكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وهذا قوله. وقالا: هي أم ولد للأول ولا يجوز وطئ آخر؛ لأنه لما ادعى الأول الولد صارت كلها أم ولد له؛ لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن وقد أمكن بفسخ الكتابة؛ لأنها قابلة له فتفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير؛ لأنه لا يقبل الفسخ وإذا صارت كلها أم ولد له فالثاني وطئ أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حراً عليه بالقيمة غير أنه لا يجب الحد لشبهة ولا يلزمه جميع العقر؛ لأن الوطء لا يعرى عن إحدى الغرامتين ويضمن الأول للشريك نصف قيمتها مكاتبة على قياس أبي يوسف؟ [و١٧٦و] [ز٢٤٧و] والأقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي عليها من بدل الكتابة على قياس محمد، وإذا انفسخت الكتابة في حصة الشريك عندهما قبل العجز فكلها مكاتبة للأول بنصف البدل عند الشيخ أبي منصور[4] وبكل البدل عند عامة المشايخ [المولد] [ج٨٧ و] .**(وأي دفع العقر إليها صح)** أي قبل[5] العجز؛ لأن الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأعواضها .**(وإن لم يطأ الثاني ودبرها فعجزت بكل تدبيرها وهي أم ولد للأول والولد له وضمن لشريكه نصف عقرها ونصف قيمتها)**؛ لأنه تبين بالعجز أنه تملك نصيب الشريك وقت الاستيلاء فالتدبير وقع [أ١٣٩ظ] في غير ملكه بخلاف النسب؛ لأنه يعتمد الغرور .**(فإن حررها)**[6] أي المكاتب[7] المشتركة .**(أحدهما غنياً فعجزت ضمن نصف قيمتها لشريكه ورجع[8] به عليها)** هذا عنده. وعندهما: لا يرجع وهذا

---

(١) ما بين القوسين، لم يرد في (ب، ج).
(٢) في (ز): (قمنها).
(٣) في (ب، ج، هـ): (ابنه).
(٤) سبق التعريف به.
(٥) (قبل): لم ترد في (ب، ج).
(٦) في (هـ): (وان حرر). وفي (ز): (وان حرره).
(٧) في (و): (المكاتب المشترك).
(٨) في (ب، ج): (ويرجع).

[ب٩٥و] مبني على أن الساكت إذا ضمن المعتق [د٢١١و] يرجع عنده، لا عندهما .(**عبد لرجلين دبره أحدهما ثم حرره الآخر مليئاً أو عكساً**) [هـ٣٤١] أي حرر أحدهما ثم دبره الآخر .(**أعتق المدبر أو استسعى فيهما**) أي في الصورتين. (**أو ضمن شريكه في الأولى فقط**) هذا عنده: ووجهه: أن التدبير يتجزى عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت خبره الإعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فإن أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء وإعتاقه يقتصر على نصيبه؛ لأنه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمنه قيمة نصيبه وله خيار الإعتاق والاستسعاء [ج٨٨ظ] أيضاً كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبراً؛ لأن الإعتاق صادق المدبر وقد مر في باب عتق البعض الاختلاف في قيمة المدبر فتذكر وإذا ضمنه لا يمتلكه بالضمان؛ لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك.

أما المسألة الثانية: فللآخر[1] الخيارات الثلاث عنده فإذا دبره لم يكن له خيار التضمين[2] وبقي خيار الإعتاق والاستعاء لأن المدبر يعتق ويستسعى، وقالا [ز٢٥٠ظ]: إذا أدبر أحدهما فإعتاق الآخر باطل؛ لأن التدبير لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته قنا موسراً كان ومعسراً لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والعسار وإن أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل؛ لأن الإعتاق لا يتجزى فيضمن نصف قيمته إن كان مؤسراً أو يسعى العبد إن كان معسراً؛ لأن هذا ضمان إعتاق فيختلف بالعسار واليسار.

باب الموت والعجز

(**مكاتب عجز عن نجم إن كان له وجه سيصل إليه لا يعجزه الحاكم إلا بعد ثلاثة أيام**) فإن مضت ثلاثة أيام ولم يؤده ذلك النجم بعجزه (**وإلّا**) أي وإن لم يكن له وجه سيصل (**عجزه**) هذا عندهما، وعند أبي يوسف لا يعجز حتى يتوالى عليه نجمان [و١٧٧ظ] (**وفسخهما بطلب سيده أو سيده برضاه وعاد رقه وما في يده لسيده، وإن مات عن وفاء**) أي عن مال بقي ببدل الكتابة لم تنفسخ، وقال الشافعي[3]: تنفسخ ويموت عبداً؛ لأنه لا يخلو[4] إما أن يثبت بعد الممات

(١) في (هـ): (هذا آخر). (٢) في (و): (التضمن).
(٣) ينظر: نقل، قال الشافعي في الهداية: (تبطل الكتابة ويموت عبد له وما تركه لمولاه وامامه).
(٤) في (ز): (لا تخلو).

مقصوراً أو يثبت قبله أو بعده مستنداً ولا وجه للأول لعدم المحلية ولا إلى الثاني لفقد الشرط وهو الأداء ولا إلى الثالث فلتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت [ب٩٦ظ] ثم يستند، ولنا: أنه عقد معاوضة فلا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى [د٢١٢ظ] فكذا[1] بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق فينزل حياً تقديراً ويستند الحرية باستناد سبب الأداء وهو العقد إلى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كأدائه .(**وقضى البدل من ماله وحكم بموته حراً والإرث منه وعتق من ولد منه في كتابته**) إنما[2] قال هذا؛ لأن من ولد قبل كتابته لا يتبعه (**أو شراهم أو كوتب هو وولده صغيراً أو كبيراً بمرة**) أي بكتابة واحدة فإن الصغير يتبعه وهو مع الكبير لشخص واحد.

[ز٢٥٠و] (**وإن لم يترك وفاء فمن ولد في كتابته سعى على نجومه وإذا أدى حكم بعتق أبيه قبل موته وبعتقه، ومن شراه أدى البدل حالاً أو رد رقيقاً**) [هـ٣٤٢] هذا عنده، وعندهما: الولد المشترى أيضاً يسعى إلى نجوم الأب؛ لأنه كوتب تبيعية الأب .(**وإن ترك ولداً من حرة وديناً بقي ببدلها فجنى وقضى به**) أي بموت الجناية [ج٨٨و] (**على عاقلة أمه لم يكن ذلك تعجيزاً لأبيه**)؛ لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لأن من قضيها إلحاق الولد [أ١٣٩و] بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم لكن على وجه يتحمل أن يعتق فيجر الولاء إلى موالي الأب والقضاء بما يقرر حكمها لا يكون تعجيزاً وإنما قال ديناً؛ لأنه لو كان عيناً لا ينافي القضاء بإلحاق بالأم لإمكان الوفاء في الحال (**وإن اختصم قوم أمه وأبيه في ولائه فقضى به لقوم أمه فهو تعجيز**)لأن القضاء يكون الولاء لموالي الأم معناه أن الأب مات رقيقاً وإن انفسخ[3] عقد الكتابة وهذا فصل مجتهد فيه ينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزاً (**وطاب لسيده ما أدى إليه من صدقه فعجز**) لتبدل الملك فإن العبد يتملكه صدقة والمولى عوضاً من العتق وإليه الإشارة النبوية في حديث[4] بريدة [في أ رضي و هـ] لها صدقة ولنا هدية (**وإن جنى عبد فكاتبه سيده جاهلاً بها**) أي بالجناية (**فعجز أو مكاتب**) أي جنة مكاتب (**فلم يقض به**) أي

---

(١) في (ب،ج): (وكذا).
(٢) في (ب،ج): (وإنما).
(٣) في (ب،ج): (أنفسخ).
(٤) الحديث يراجع البخاري ومسلم، الحديث: في صحيح البخاري عن عائشة (٢/ ٥٤٣) رقم (١٤٢٢) وعن أنس (٢/ ٩١) رقم (٢٤٣٨) وفي صحيح مسلم (٢/ ٧٥٥) رقم (١٠٧٤) عن أنس ابن مالك قال أهدت بريرة إلى النبي ﷺ لحماً تصدق به عليها فقال: ثم هو لها صدقة ولنا هدية.

بموجب الجناية **(فعجز دفع أو فدى)** أي خيرين دفعه أو أداء أرش الجناية؛ لأن هذا موجب جناية لكن الكتابة كانت مانعة عن الدفع ثم زال المانع بالعجز فعاد الحكم الأصلي **(وإن قضى به عليه مكاتباً فعجز بيع فيه)** لأنه دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة إلى [و١٧٧و] القيم بالقضاء **(ولا تنفسخ بموت السيد وأدى البدل إلى ورثته على نجومه، فإن أعتقه بعضهم لا يصح)**؛ لأنه لم يملكه فإن المكاتب [ب٩٦و] لا يملك بأسر أسباب الملك فكذا بسبب الوراثة **(إن عتقوه عتق مجاناً)** لأنه يصير إبراء عن بدل [د٢٢٢ج] الكتابة فإن حقهم وقد جرى فيه الإرث وإذا برىء المكاتب عن بدل الكتابة يعتق وهذا الإبراء اقتضاء تصحيحاً لعتقه والإعتاق لا يثبت بإبراء البعض فلهذا لم يعتق في الصورة الأولى. والله أعلم[١].

---

(١) (والله أعلم): الزيادة من (و).

كتاب الولاء

(**هو نوعان ولاء العتاقة**[1] **وهو قرابة حكمية**) أي ثابتة بحكم الشرع (**بسبب**[2] **الإرث والعقل**) ومن وهم أنه نفس الإرث فقد وهم وكذا من زعم أنه عبارة عن تناصر يوصيه[3] يفصح عن ذلك تحققه بدون الإرث والتناصر كما إذا أعتق كافر مسلماً. قال في "المبسوط"[4]: ولاء المسلم يثبت لمولاة وإن كان كافراً؛ لأن الولاء كالنسب ونسب الكافر قد يكون ثابتاً من المسلم فكذلك الولاء ولكنه لا يرث لكونه مخالفاً له في الملة ولا يعقل عنه؛ لأنه باعتبار النصرة[5] ولا نصرة بين المسلم والكافر (**وولاء الموالاة وهو أن ولاه على أن**[6] **يرثه إذا مات ويعقل عنه إذا جنى**) وأصله [هـ٣٤٣] عقد يتم بإيجاب وقبول من الطرفين ابتداء بالنوع الأول فقال: (**من أعتق**[7] **بإعتاق أو بفرع له**) من الكتابة [ج٨٩ظ] والتدبير والاستيلاد. اعلم أن ثبوت الولاء بواحد منها لا يتوقف على العتق على ما سيأتي إلا أن في تقرره[8] لابد من عدم بطلان ما هو السبب وكل منها في معرض البطلان ولذلك فرض العتق (**أو بملك قريبة**) إياه أي بطريق الإرث لأنه إذا كان بالشراء ونحوه يدخل في الأول (**فولاؤه لسيده وإن شرط عدمه**)؛ لأن الشرط مخالف للنص فينفذ العتق ويبطل الشرط لا يقال: كيف يكون الولاء بالتدبير والاستيلاد للسيد[9] والمدبر وأم الولد إنما يعتقان بعد موت السيد؟ لما عرفت أن الولاء ليس نفس الميراث بل قرابة حكمية تصلح سبباً له وثبوتها بالتدبير والاستيلاء ولا يتوقف[10] على العتق بموت المدبر والمستولد صرح ذلك في "المبسوط"[11] حيث قال: " وكذلك[12] الحكم في ولاء المدبر وميراثه وولاء أم الولد والمكاتب وميراثهما؛ لأن المدبر والمكاتب والمستولد استحق ولاءهم لما باشر بالسبب" ولو سلم أنه ميراث فمعنى كونه للمولى إنه يستوفي منه ديونه ينفذ وصاياه ولو كان لورثته لما

---

(١) في (ب،ج): (العتاق).
(٢) في (ب،ج،هـ): (بسبب).
(٣) في (ب،ج): (لوصية).
(٤) ينظر: المبسوط (٨/١٠٧).
(٥) في (ب): (بالنصرة).
(٦) (إن) لم ترد في (ب).
(٧) في (هـ): (يعتق)، وفي (و): (عتق).
(٨) في (و): (تقديره).
(٩) (وللسيد): لم ترد في (ب،ج).
(١٠) في (أ): (إذ لا يتوقف).
(١١) ينظر: المبسوط (٨/ ٨٤).
(١٢) في (و): (وكذا).

كان كذلك [أ١٤٠ظ] وبما قررناه تبين أن ما ارتكبوه في دفع ما ذكر من فرض ارتداء المولى منشاؤه[١] قلة التدبير بل عدم التدرب، [ب٩٧ظ] **(ومن أعتق أمة زوجها قن فولدت لأقل نصف حول)** أي وقت الإعتاق، **(فله ولاء الولد بلا نقل عنه)** أي إن أعتق أبوه لا ينتقل ولاء [و١٧٨ظ] الولد [د٢١٣ظ] من موالي[٢] الأم إلى موالي الأب؛ لأن الحمل كان موجوداً وقت الإعتاق فوقع إعتاقه[٣]قصراً فلا ينتقل من معتقه **(وكذا لو ولدت توأمين أحدهما لاقل من ذلك)** لأن أحدهما كان موجوداً وقت الإعتاق فكذا الآخر بناء على أن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من نصف حول **(وإن ولدت لأكثر منه فولاء الولد لسيدها)** قد عرفت أن الولاء ليس بميراث فصح ثبوته أولاً لمولى الأمة ثم لمولى الأب **(فإن أعتق الأب جر ولده إلى قومه)** يعني إن عتق الأب قبل موت الولد؛ لأنه إن مات قبل عتقه لا ينتقل ولاؤه من موالي الأم وأما فرض موته بعد موت الأب فلا حاجة إليه لما مر غير مرة أن الولاء كلمة النسب لا نفس الميراث بل السبب .**(له عجمي له المولى المولاة نكح معتقة فولدت فولاء ولدها لمواليها)** هذا[٤] قولهما، وقال أبي يوسف: ولاؤه لمولى الأب لمولى الأب مولاة ترجيحاً لجانب[٥] الأب وهما رجحا ولاء العتاقة وإن كان من جانب الأم وإنما وضع المسألة في العجمي[٦]؛ لأن ولاء المولاة لا يكون في العرب؛ لأن لهم شعوباً وقبائل وتناصرهم [هـ٣٤٤] بها فأغنت عن الولاء ذكره في الهداية وأما ما قيل في تعليله [ج٨٩و]؛ لأن لهم شعوباً وقبائل فلا إرث لمولى المولاة لتأخره عن الوارث النسبي فليس بشيء؛ لأن وجود الوارث المقدم عليه لا يضره وكان هذا القائل غافلاً عما سيأتي من قوله وآخر عن ذي الرحم **(والمعتق عصبة)** العصبة من يأخذ ما بقي من صاحب الفرض وكل الميراث عند عدمه[٧].

(قدم النسبية)[٨] أي العصبة النسبية من أي صنف كان من الأصناف الثلاثة المذكورة في كتب الفرائض **(عليه وهو على ذي الرحم)** وهو من لا فرض له ويدخل في نسبته إلى الميت أنثى[٩] **(فإن مات السيد ثم المعتق فولاؤه)** لم يقل فإرثه لأنه قد

---

(١) في (ج): (منشائه).
(٢) في (ب): (المولى)، وفي (ج): (مولى).
(٣) في (ب،ج): (فقط).
(٤) ينظر: (الهداية) (٣/ ٢٦٦).
(٥) في (ب،ج): (بجانب).
(٦) في (ب،ج): (العجم).
(٧) في (ب): (عندمه).
(٨) في (ب، ج): (الغيبة).
(٩) وإما بغيره وهي أنثى يعصبها ذكر. وإما مع غيره كالاخت لأب وأم أو لأب تصير عصبة مع =

لا يرث كما إذا كان للمعتق عصبة نسبية أو أصحاب فرائض لا يبقى منهم شيء فإن قلت إذا لم يكن له إرث فما أثر ثبوت الولاء، قلت: أثره يظهر في أولاد المعتق ومواليه فإن من يثبت له الولاء يرثهم عند عدم الحاجب ومن هنا اتضح فساد القول بأن الولاء هو الميراث حق الاتضاح **(لأقرب عصبة)** أي عصبة السيد **(النسبية)** على الترتيب الذي ذكر [ب٩٧و] في موضعه وإن لم يوجد فلعصبة السببية بشرط الذكورة وإن لم يذكره اكتفاء بإفهامه فمن قوله **(ولا ولاء للنساء إلا ما أعتق كما في الحديث)**[١] يعني قوله ﷺ: «ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن أو دبرن أو دبر من دبرن أو جرت ولاء معتقهن أو معتق معتقهن»[٢] [د٢١٣و] أي ليس للنساء من الولاء من أعتقنه، أو ولاء من أعتقه، وغم ولاء المدبر فقد نبهت عليه فتدبر، ومن قال وفي مدبر المدبر يفرض [و١٧٨و] ذلك يعني ارتداد المولى مرتين فقد أخطأ مرتين أما الأولى فقد عرفت فيما سبق وأما الثانية فلأن ارتداد المولى الأول يكفي إذ بعدما عتق المدبر الأول بارتداده يجوز أن يعتق مدبره بموت مدبره ثم بموت مولى مدبره حتى عاد مسلماً.

فصل [في ولاء الموالاة][٣]

[هذا الفصل لبيان ثاني نوعي الولاء][٤] **(عجمي وإلى غيره)** لم يقل إن أسلم رجل على يد رجل لأنه ليس بشرط إنما الشرط كونه عجمياً على ما مر. **(على**

= البنت، وكلهم يقدم على العتق، وقدمت العصبة على ذي الرحم وهو من لا فرض له ويدخل في نسبته إلى الميت أنثى. ينظر: درر الحكام (٢/ ٣٦).

(١) (كما في الحديث): مكررة في (ج، د، و).

(٢) قال في نصب الراية (٤/ ٥٤) الحديث السابع "غريب". وقال في الدراية (٢/ ١٩٥) رقم (٨٧٧) لم أجده هكذا فقد أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٩/ ٢٠) عن إبراهيم والشعبي قالا: لا ترث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن. قال غيرهم: أو حر من أعتقن وإلا فهو يجرهن. وأخرج ابن أبي شيبة (٦/ ٢٨٩) رقم (٣١٥٠٤) عن علي وعمر وزيد وعن عمر بن عبد العزيز برقم (٣١٥٠٧). (أنهم كانوا لا يورثون النساء من الولاء إلا ما أعتقن) وفي سنن الدارمي (٢/ ٤٨٨) رقم (٣١٤٥). سنن البيهقي الكبرى (١٠/ ٣٠٦) رقم (٢١٣٠٠) من نفس الطريق (أنهم كانوا يجعلون الولاء لكبير من العصبة ولا يورثون النساء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن).

(٣) إن ولاء الموالاة يخالف ولاء العتاقة من ثلاثة وجوه:
أحدهما: أن في الموالاة يتوارثان من الجانبين إذا اتفقا على ذلك بخلاف ولاء العتاقة.
الثاني: أن ولاء الموالاة يحتمل النقض بخلاف ولاء العتاقة.
الثالث: أن ولاء الموالاة مؤخر عن ذوي الأرحام وولاء العتاقة مقدم على ذوي الأرحام.
ينظر: حاشية الشلبي (٥/ ١٨٠).

(٤) ما بين القوسين، لم يرد في (ب).

[أ١٤٠و] **أن يرثه ويعقل عنه صح فعقله)** أي دية المولى الأسفل إن جنى .(**عليه)** أي على المولى الأعلى .(**وارثه له)** وإن شرط الإرث من الجانبين كان كذلك ذكره في "التبيين". وعند مالك والشافعي[١] لا عبرة لهذا النوع من الولاء .(**وأخر عن ذي رحم محرم وله)** أي للمولى الأسفل .(**النقل عنه)** أي عن المولى الأعلى. (**بحضرة وكذا للآخر)** أي للمولى الأعلى .(**التبري من ولائه)** أي ولاء المولى الأسفل .(**بحضرة إن لم يعقل وإن عقل عنه أو عن ولده فلا)** [ج٩٠ظ] أي ليس لواحد منهما أن يتحول وشرطه أن يكون حراً غير عربي ويتضمن هذا عدم كونه معتقاً ولذلك اكتفى صاحب الهداية بذكره وأن لا يكون ممن عقل عنه بيت وأما كونه مجهول النسب ففي اشتراطه اختلاف المشايخ ذكره في "الحقائق" [والله أعلم][٢].

---

(١) مالك والشافعي، قول الشافعي: ولاء الموالاة: باطل لأن سبب الإرث الفرض والتعصيب وولاء الموالات ليس هذا ولا ذاك فلا يجب الإرث والعقل.

(٢) الزيادة، من (و).

كتاب الإكراه

(هو) في الشرع .(**فعل يوقعه بغيره**) يقال أوقع فلان بفلان ما يسوؤه .(**فيفوت به**[1] **رضاه**) ولا يفسد اختياره .(**أو يفسد اختياره مع بقاء أهليته**) الإكراه نوعان: أحدهما: مفوت[2] الرضاء، وذلك من غير السلطان بتهديد الحبس أو[3] الضرب وإنما قلنا من غير السلطان إذ يكفي فيه مجرد الأمر بلا تهديد ووعيد ذكره في "الخانية"[4]. والثاني: مفسد [ب٩٨ظ] الاختيار وذلك بتهديد القتل أو قطع العضو أو ضرب يخاف منه تلف النفس والعضو.

اعلم[5]: أن الإكراه إذا بلغ حد الجبر يفسد الاختيار وذلك عند خوف تلف النفس أو العضو فإن كل أمر فيه هذا الخوف فالامتناع عنه مجبول في طبيعة جميع الحيوانات وإن لم يبلغ حد الجبر لا يفسد الاختيار لكن قد يفوت الرضا [د٢١٤ظ] وذلك عند خوف الحبس أو الضرب ويقال للأول الملجئ والثاني[6] غير الملجئ وكلاهما لا ينافي بقاء الأهلية؛ لأنها[7] بالعقل والبلوغ .(**وشرطه خوف المكره إيقاعه**) بأن يغلب على ظنه أن المكره يوقعه .(**وذلك عند قدرة المكره على إيقاع ما هدد به سلطاناً كان أو لصاً**) روى عن أبي حنيفة أن الإكراه لا يتحقق [و١٧٩ظ] إلا من السلطان، قال صاحب "الهداية" في "مختارات النوازل": بعد نقله هذا الخلاف فقد قالوا: هذا [ز٢٥١ظ] اختلاف عصر وزمان. (**وكون المكره به متلفاً نفساً أو عضواً أو موجباً عما يعدم الرضاء**) هذا يختلف باختلاف الناس فإن الأشراف يغتنمون بكلام خشن والأرذال بما لا يغتنمون إلا بالضرب المبرح .(**فإن**) قلت: بعد هذا[8] هذا التعميم لا وجه لتخصيص الإكراه بالسلطان .(**قلت**) التخصيص الواقع عن أبي حنيفة في الإكراه الملجئ يرشدك إليه القول المنقول عن المشايخ آنفاً إلا أنه نقل في مطلق الإكراه فالخلل في النقل لا

---

(١) (به): لم ترد في (ب، ج).

(٢) في (و): (يفوت).

(٣) (أو): مكرر في (ب).

(٤) ينظر: الفتاوى الخانية (٣/ ٤٨٣).

(٥) في (أ، ب): (فأن كل).

(٦) في (ز): (وللثاني).

(٧) في (ز): (لأنه).

(٨) (بعد هذا): لم ترد في (أ). وفي (هـ): (بعداً هذا).

في المنقول .**(والمكره ممتنعاً كما أكره عليه قبل لحقه)** [كالإتلاف مال وإخراجه من يده ولو بعوض][(١)] **(أو لحق آخر)** كإتلاف مال الغير .**(أو لحق الشرع كشرب الخمر فلو أكره بقتل أو ضرب شديد أو حبس حتى باع أو اشترى أو أقر أو أجر فسخ أو أمضى)** لأن الإكراه الملجئ وغير الملجئ يعدمان الرضاء وهو شرط الصحة هذه العقود وكذا لصحة الإقرار فلذلك صار له حق الفسخ والإمضاء ثم أن تلك العقود نافذة عند أئمتنا الثلاثة [ج٩٠و] .**(وبملك المشتري إن قبض)** وعند زفر: موقوف فقبل الإجارة لا يفيد الملك فمن قال إن الإكراه يمنع النفاذ فقد ضل عن سبيل السداد[(٢)] **(فيصح إعتاقه)** وكذا سائر التصرفات التي لا يمكن نقضها. **(ولزمه قيمته)** لا؛ لأنه ينفذ حينئذٍ لأنه نافذ قبل هذا على ما عرفت بل؛ لأنه يلزم حينئذٍ واللزوم أمر وراء النفاذ [ب٩٨و] اعلم أن بيع المكره فاسد عندنا خلافاً لزفر لما عرفت أنه موقوف عنده، والفاسد من قبيل المقابل للموقوف إلا أنه يخالف سائر البيوع الفاسدة من حيث أنه ينقلب جائزاً برضى المكره ولا ينقطع [هـ٣٤٦] فيه [أ١٤١ظ] حق الاسترداد وإن تداولته[(٣)] الأيدي بخلاف سائر البيوع الفاسدة لأن الفساد هنا لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الأول للثاني أما فيها فلحق الله تعالى وقد تعلق بالبيع حق العبد وحقه مقدم لحاجته .**(فإن قبض ثمنه أو سلم طوعاً)** [د٢١٤و] تفريع على ما فهم من التخير السابق وهو أن تمام البيع بإقلابه صحيحاً موقوف على رضا البائع [ز٢٥١و] وإجازته بناء على أن الفساد كان لحقه لا لحق الشرع فكأنه يقول لما توقف انقلابه صحيحاً على رضى البائع وإجازته فبقبضه الثمن أو تسليمه المبيع طوعاً ينقلب صحيحاً لدلالتها على الرضا والإجازة .**(لزم)** لم يقل نفذ لما عرفت أن بيع المكره نافذ عندنا، والمعلق على الرضا والإجازة لزومه لإنفاذه، قال في "شرح الطحاوي": ولو أن المشتري من المكره باعه من آخر ثم باعه الثاني من الآخر حتى تداولته الأيدي فله أن يفسخ العقود كلها وأي عقد أجازه جازت العقود كلها؛ لأن العقود كلها كانت نافذة إلا أنه كان له حق الفسخ [و١٧٩و] لعدم الرضا .**(وإن قبض مكرها ورده إن بقي)** قال في "البدائع": "أما إذا باع مكرهاً وسلم مكرهاً كان البيع فاسداً؛ لأن حقيقة البيع

---

(١) ما بين القوسين، لم يرد في (ب).

(٢) في (ز): (السداد ويملكه المشتري قبض فيصح).

(٣) في (ب): (وتداولته).

المبادلة، والإكراه يؤثر فيها بالفساد"[١]، وقال بعضهم لم يذكر في "الهداية": حكم التسليم مكرها لكن ذكره في "أصول الفقه": إن الإكراه إذا كان على البيع[٢] والتسليم يكون التسليم[٣] مقصراً على الفاعل ولا يجعل الفاعل آلة للحامل في التسليم؛ لأنه حمله على تسليم المبيع ولو جعل آلة له يصير تسليم المغصوب، وينقلب البيع غصباً إذا كان التسليم مقتصراً على الفاعل، ينبغي أن ينفذ ويجب القيمة انتهى، وكان هذا القائل غافل[٤] عن فقدان الرضا من الفاعل فإنه لا يلزم من اقتصار التسليم عليه أن يكون راضياً له فيما ذكره لا ينبغي أن يصدر عن مميز فضلاً عن متميز مثله ثم أنه لم يصب في قوله وتجب القيمة، فإنه على تقدير [ج٩١ظ] ما ذكره ينبغي أن يجب الثمن؛ لأن وجوب القيمة حكم فساد[٥] العقد ومراده أنه حينئذٍ [ب٩٩ظ] لا يفسد، ولذلك قال: ينبغي[٦] أن ينفذ بناء على زعمه أن بيع المكره على تقدير فساد غير نافذ .**(ولو أكره البائع لا المشتري هلك المبيع في يده)** أي: في يد المشتري .**(ضمن قيمته للبائع)** أي: يجب الضمان عليه وذلك لا ينافي كون المكره مخيراً كما أن لزوم القيمة عليه في صورة لم يكن منافياً لذلك فلا حاجة إلى التأويل لأن قرار الضمان عليه .**(وله أن يضمن أياً شاء)** من المكره بالكسر أو المشتري .**(فإن ضمن المكره رجع على المشتري بقيمته وإن ضمن المشتري جاز)** إنما [د٢١٥ظ] قال: جاز[٧] دون نفذ لما عرفت آنفاً .**(كل شراء بعده لا قبله)** فإن المشتري أعم من أن يكون مشترياً أولاً ومشترياً ثانياً أو ثالثاً لو تناسخت العقود فإنه إن ضمن المشتري الثاني القيمة يصير ملكاً له، فيجوز كل شراء بعد ذلك الشراء الذي قبله فيرجع المشتري [هـ٣٤٧] الضامن بالثمن على بائعه وهذا بخلاف ما إذا أجاز المالك أحد العقود حيث يجوز الجميع لأنه أسقط حقه وهو المانع فعاد الكل إلى الجواز وفي الضمان يثبت الملك المستند فيستند إلى حين القبض لا ما قبله.**(وإن أكره على أكل ميتة أو لحم خنزير أو شرب دم أو خمر وإن لم يكن)** أي الإكراه **(ملجئاً)** بأن لم يكن خوفاً[٨] على النفس أو

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٠١).
(٢) في (ب،ج): (البائع).
(٣) (التسليم): لم ترد في (ز).
(٤) في (هـ): (غافلاً).
(٥) في (ب): (الفساد).
(٦) في (ب،ج): (وينبغي)، وفي (و): (لا ينبغي).
(٧) في (و): (إنما قال جاز ولم يقل نفذ لما عرفت).
(٨) في (ز): (خوف التلف على النفس).

العضو **(لم يحل وإن كان ملجئاً)**[١] سواء كان بقتل أو قطع أو ضرب، فإن في الضرب أيضاً قد يوجد ذلك الخوف كما إذا كان مبرحاً حلّ لأن هذه الأشياء مستثناة عن الحرمة في حال الضرورة والاستثناء عن الحرمة [حل ولا ضرورة في إكراه غير ملجىء **(فإن صبر وقتل أثم)** إنما يأثم إذا علم بالإباحة؛ لأن في إنكشاف الحرمة خفاء][٢]؛ لأنه قد دخله اختلاف العلماء فيعذر بالجهل فيه [أ١٤١و] **(كما في المخمصة وعلى الكفر ملجئاً رخص له أن يظهر ما أمر به وقلبه مطمئن بالإيمان وبالصبر أجر)**[٣] روي أن خبيباً[٤] [و١٨٠ظ] وعماراً[٥] ابتليا بذلك فصبر خبيب حتى صلب فسماه النبي ﷺ سيد الشهداء[٦] وأظهر عمار وكان قلبه مطمئناً بالإيمان فقال النبي ﷺ: «فإن عادوا فعد»[٧] أي إن عاد الكفار إلى الإكراه فعد أنت إلى مثل ما أتيت به أولاً من إجراء كلمة الكفر على اللسان وقلبك

---

(١) في (ب، و): (بإن كان ذلك الخوف).

(٢) ما بين القوسين لم ترد في (ب). (٣) في (ب): (أجدر).

(٤) وهو: خبيب بن عدي بن مالك بن عامر بن صعصعة بن جحجي الأنصاري شهد أحداً مع النبي ﷺ، وكان أول من سنّ الركعتين عند القتل وقصة استشهاده معروفة تناقلتها كتب الحديث والسير وغيرها. ينظر: تاريخ بني خياط (١/ ٧٥) وما بعدها، والاوائل: (١/ ١٠٨) رقم (١٠٨) وغيرها، تاريخ الطبري: (٢/ ٧٧) وطبقات المحدثين: (١/ ٢٠) رقم (٣٥) وحلية الأولياء: (١/ ١١٢) رقم (١٦) وما بعدها والمنتظم: (٣/ ٢٠٩) رقم (٧٧).

(٥) عمار: أبو اليقظان عمار بن ياسر العنسي أسلم هو وأبوه وأمه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في دار الأرقم بن أبي الأرقم شهد أحداً والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وسماه الطيب المطيب قتل مع علي رضي الله عنه بصفين وقد جاوز التسعين قيل بثلاث وقيل بأربع سنين، ينظر: الكامل (١/ ٩٨٩) وما بعدها، صفة الصفوة: (١/ ٤٤٢) وما بعدها، والإصابة: (٤/ ٥٧٥) رقم (٥٧٠٨) والتحفة اللطيفة: (٢/ ٣١٥) وغيرها.

(٦) الحديث قال الزيلعي في نصب الراية: (٤/ ١٥٩)، الحديث الثاني لم أقف على لقب" سيد الشهداء"، والدراية: (٢/ ١٩٧) رقم (٨٧٩)، وأصل قصة خبيب في صحيح البخاري: (٤/ ١٤٦٥) رقم (١٣٧٦٧) يراجع حتماً.

(٧) من حديث أبي عبيدة بن محمد بن عمار بن ياسر عن أبيه قال: (ثم أخذ المشركون عمار بن ياسر فلم يتركوه حتى سبَّ النبي صلى الله عليه وسلم وذكر آلهتهم بخير ثم تركوه فلما أتى النبي صلى الله عليه وسلم قال: ما وراءك قال شر يا رسول الله ما تركت حتى نلت منك وذكرت آلهتهم بخير قال: كيف تجد قلبك (قال مطمئن بالإيمان قال: إن عادوا فعد)، ينظر: المستدرك: (٢/ ٣٨٩) رقم (٣٣٦٢)، قال الحاكم هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وسنن البيهقي الكبرى: (٨/ ٢٠٨)، ونصب الراية: الحديث الأول (٤/ ١٥٨)، والدراية: (٢/ ١٩٧) رقم (٨٧٩)، وغيرها.

مطمئن بالإيمان، قال[١] في البدائع: "فقد رخص رسول الله ﷺ في إتيان كلمة الكفر بشريطة اطمئنان القلب بالإيمان حيث أمره ﷺ [ب٩٩و] بالعود إلى ما وجد منه"[٢]، فإن قلت أدنى درجات الأمر الإباحة وهي[٣] لا تجامع الحرمة والحرمة غير منكشفة ها هنا فما معنى [ج٩١و] الأمر [ز٢٥٤و] بالعود إلى ما وجد منه قلت لا شبهة في أن الرخصة مع قيام الحرمة أثر الخطاب صرح بذلك العلامة التفتازاني في "التلويح" حيث قال: "لأن ما أكره عليه إما فرض أو مباح أو رخصة أو حرام وكل ذلك من آثار الخطاب، فالإباحة الثانية التي[٤] أدنى درجات الأمر لا تقابل الحرمة بل يجامعها، قيل: والفرق بين هذا وبين شرب الخمر أن الشرب يحل عند الضرورة والكفر لا يحل أبداً فيرخص إظهاره مع قيام دليل الحرمة.

ويرد عليه: أن يقال [د٢١٥و] نعم أن الكفر[٥] لا يحل أبداً لكن الكلام في التكلم بكلمة الكفر حال اطمئنان القلب بالإيمان وذلك في حالة الاضطرار ليس بكفر، وقد أشار المصنف إلى هذا حيث قال: أن يظهر ما أمر به ولم يقل أن يكفر، فالصواب أن يقال والتكلم بكلمة الكفر لا يحل أصلاً ثم أنه لا رخصة في إظهار الكفر إنما الرخصة في إجراء كلمة الكفر على اللسان في حالة الضرورة وذلك ليس بكفر حال طمأنينة القلب بالإيمان وإن كان محرماً، وإنما أطلنا الكلام في هذا المقام؛ لأنه من مزالق الأقدام ومضال الأفهام[٦] **(دون غير ملجئ ورخص له إتلاف مسلم ملجئاً وضمن المكره)** بكسر الراء إذ المكرَه يصير آلةً للمكرِه فما يصلح آلة والإتلاف من هذا القبيل .**(لا قتله)** فإن قتل المسلم لا يحل بالضرورة.

اعلم: [هـ٣٤٨] أن ما أكره عليه إن كان محرماً يؤثر في الملجئ دون غير الملجي من الإكراه ثم أنه أربعة أنواع:

محرم تنجلي حرمته ويصير فرضاً كأكل الميتة وشرب الخمر في حالة المخمصة.

ومحرم تنجلي حرمته ولا يصير فرضاً بل يبقى على الإباحة كالإفطار في نهار[٧]

---

(١) في (و): (فقال).
(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ١٨٦).
(٣) في (هـ): (وهي كالحرمة).
(٤) (التي): لم ترد في (ب، ج).
(٥) في (و): (إبراحه).
(٦) في (ب): (الاوهام).
(٧) (في نهار): لم ترد في (ب، ج، هـ، و).

رمضان.

ومحرم لا تنجلي حرمته ولكن يرخص به [كإجراء كلمة الكفر على اللسان والقلب مطمئن بالإيمان.

ومحرم لا تنجلي حرمته ولا يرخص فيه، كقتل مسلم][١] وإتلاف مال على ما ذكره في "التحفة" و"البدائع" من النوع الثالث، وعلى ما ذكر في "الهداية" و"المحيط" من النوع الثاني.

(ويقاد المُكره فقط) أي كان [ز٢٥٣ظ] موجب القتل القصاص؛ لأن القاتل كالآلات له هذا عندهما، وعند أبي يوسف: لا يجب على أحد الشبهة، وعند زفر: يجب على القاتل[٢] فقط لأنه مباشر ولا يحل له القتل. وعند الشافعي: يجب عليهما على القاتل بالمباشرة [ب١٠٠ظ] وعلى الحامل بالتسبيب، والتسبيب [و١٨٠و] عنده كالمباشرة .**(وصح نكاحه وطلاقه وإعتاقه)** قياساً على صحتها مع الهزل وفيه خلاف الشافعي .**(قولاً)** إنما قيد به لأنه إذا كان فعلاً كما إذا اشترى ذي رحم محرم منه لا يرجع المكرَه على المكرِه بالقيمة وذكر صاحب "البدائع"[٣] وعلله[٤] بأنه حصل له [ج٩٢ظ] عوض وهو صلة الرحم .**(ورجع بقيمة المعتق)** يعني في صورة الإكراه على الإعتاق لا صلح له آلة فيه من حيث الإتلاف فيضاف إليه .**(ولا يرجع هو)** أي المكرَه بالضمان .**(عليه)** أي على المعتق لأنه مؤاخذ بإتلاف .**(ولا سعاية)** أي على المعتق لأنها للتخرج [د٢١٦ظ] إلى الحرية[٥] أو لتعليق حق الغير ولم يوجد واحد منهما .**(ونصف المسمى إن لم يطأ)** يعني في صورة الإكراه "على الطلاق[٦][٧]"، [وإن لم يكن في][٨] العقد مسمى يرجع بما لزمه من المتعة؛ لأن ما عليه كان على شرف السقوط [أ١٤٢ظ] بمجيء الفرقة من قبلها وإنما يتأكد بالطلاق فكان إتلاف بالمال من هذا الوجه فيضاف إلى المكره من حيث أنه إتلاف بخلاف ما إذا دخل بها؛ لأن المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق [وما قيل المهر يجب بالعقد والطلاق شرط والحكم لا يضاف إليه منشأه عدم التأمل فيوجه التضمين][٩] وأما ما قيل سقوطه بالفرقة مجرد وهم فلا اعتبار له [فليس بشيء قد يقع وقد اعتبره الشرع وبين حكمه فالقول بأنه مجرد وهم من سوء الفهم وقوله فلا اعتبار له][١٠] جراءة

---

(١) ما بين القوسين، لم يرد في (ز).
(٢) في (ب، ج): (يجب للقاتل).
(٣) (البدائع): بياض في (هـ).
(٤) في (أ، ج، و): (لأنه صح).
(٥) في (ب، ج): (الحرمة).
(٦) في (ب): (الاطلاق). ولم ترد في (ج، و).
(٧) (في): لم ترد في (ب).
(٨) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).
(٩) ما بين القوسين، لم يرد في (و).
(١٠) ما بين القوسين، لم يرد في (ب).

خارجة عن حد الأدب كما لا يخفى .**(ونذره ويمينه وظهاره ورجعته وإيلاؤه وفيئه فيه)** أي في الإيلاء سواء كان بالقول أو بالفعل .**(وإسلامه)** الأصل عندنا أن كل عقد لا يحتمل الفسخ فالإكراه لا يمنع صحته وكذلك كل ما يصح من الهزل يصح من الإكراه [ز٢٥٣و] والإسلام مما يصح بالإكراه؛ لأنه لما احتمل رجعنا الإسلام في الحالتين لأنه يعلو ولا يعلى عليه [**(بلا قتل لو رجع)** لتمكن الشبهة وهي وايدنه للقتل] **(لا إبراؤه فديونه أو كفيله وردته فلا تبين عرسه ولو زنى يحد إلا إذا أكرهه سلطان)** هذا عنده، وعندهما: لا يحد فإن قلت قد اختار قولهما فيما سبق حيث قال في شرطه قدرة المكره على إيقاع ما هدد به سلطاناً كان أو لصاً فبعد ذلك لا وجه لتقرير هذه المسألة على خلاف ذلك [هـ٣٤٩] قلت: ليس تقريرها على خلاف ذلك فإن مدار الجواب ها هنا[1] ليس على ذلك الأصل الخلافي كما ذهب إليه الكثير من الناظرين فيها بل على أصل آخر فرده الزاهدي في [ب١٠٠و] "شرح القدوري" حيث قال: "له أن الإكراه لا يتصور فيه؛ لأن الوطء لا يحصل إلا بانتشار الآلة ولا يتصور الإكراه في الانتشار فكان طائعاً[2] فيجب الحد إلا أن يكرهه السلطان؛ لأن إقامة الحد إليه وهو الذي حمله عليه انتهى"[3] فمن قال كون الإكراه مسقطاً للحد متفق عليه فيما بينهم لكن هذا الاختلاف إنما هو في تحقق الإكراه من غير[4] السلطان فإن عنده الإكراه لا يتحقق [و١٨١ظ] من غير السلطان فالزنا لا يكون مع الإكراه [ج٩٢و] فيحد فإذا أكره السلطان فزنى لا يحد لوجود الإكراه ها هنا. وعندهما: الإكراه [د٢١٦و] يتحقق من السلطان وغيره فلا يحد في الصورتين فقد أخطأ أما أولاً فلأنه نسب إلى أبي حنيفة ما لا يرضاه لما عرفت أنه لم يتبين الجواب ها هنا مع رد الأصل فيما سبق وهل هذا إلا من قلة التدبير وقصور الدراية[5] في هذا الفن وبعد القلب والتي يتجه عليه أن يقال أن أبا حنيفة لا ينكر وقوع الإكراه من غير السلطان مطلقاً إنما ينكر في الأمصار والإكراه على الزنا [ز٢٥٦ظ] لا يختص بالأمصار فلا وجه لبناء الجواب المذكور على ذلك الأصل والله أعلم بالصواب[6].

---

(١) في (و): (هنا).
(٢) في (و): (كاسباً).
(٣) ينظر: المجتبى للزاهدي [ق٣٤٣ظ] سطر (٨-١٠).
(٤) (غير): لم ترد في (و).
(٥) في (ب، ج، هـ): (التدرب).
(٦) (والله أعلم بالصواب): الزيادة: من (ز).

كتاب الحجر

(هو) في الشرع (**منع عن التصرف أو وصفه**) كما أن الأمر على الإكراه على نوعين، تام وهو الملجئ. وناقص [وهو غير الملجئ][1] كذلك الحجر على نوعين: تام، وهو المنع عن أصل التصرف، وناقص: وهو المنع عن وصفه فمن حصله على الأول، وقال: هو المنع عن التصرف أو على الثاني، وقال: هو المنع عن نفاذ التصرف وقد قصروا[2] واعلم: أن الحجر في اللغة: المنع المطلق، وفي اصطلاح الفقهاء: عبارة عن منع مخصوص لشخص مخصوص عن[3] تصرف مخصوص أو عن نفاذه وتفصيله أنه منع حكم للرقيق عن نفاذ تصرف الفعلي[4] الضار وإقراره بالمال في الحال وللصغير والمجنون عن أصل التصرف العقلي إن كان ضرراً محضاً مع الوصف نفاذه إن كان دائراً بين ضرر والنفع ومن زعم إنما في الرقيق ليس بحجر في الحقيقة فلم تحقق معناه وإنما قلنا أن الرقيق يمنع مع التصرف نفاذ تصرف الفعلي الضار في الحال؛ بأنه إذا تلف مال الغير لا يؤاخذ به في الحال إنما يؤخذ به بعد [أ ١٤٢و] العتق صرح به في البدائع، وإذا تحققت هذا فقد وقفت على من قال هو مع نفاذ تصرف قولي لم يصب [ب١٠١ظ] حيث أخرج منع الرقيق مع نفاذ تصرفه الفعلي في الحال عن حد الحجر وكذا من وجهه قائلا أن الحجر لا يتحقق في الأفعال الجوارح فالصبي إذا تلف مال الغير يجب الضمان وكذا المجنون .(**وسببه الصغر والجنون والرق**) ما هو سبب الحجر مطلق الجنون الشامل للقوي والضعيف ما في المعتوه[5][6] [هـ ٣٥٠] (**فلا يصح طلاق صبي ومجنون غلب**) أي صار مغلوبا للجنون حيث لا يفيق أي لا يزول عنه ما به من الجنون قويا كان أو ضعيفاً احترز به عن الذي يجن ويفيق؛ لأنه كالنوم نص عليه أبو الحسن الكرخي [ج ٩٣ ظ] [د ٢١٧ظ] ومن وهم أنه احترز به عن

---

(١) ما بين القوسين، لم يرد في (ب).
(٢) في (و) : (قصره).
(٣) في (ز): (من).
(٤) في (ز) : (الفعلي).
(٥) في (هـ) : (العلق). وفي (ز) : (المعتق).
(٦) اختلفوا في تفسير المعتوه: أحسن ما قيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير، إلا إنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون. ينظر : تبيين الحقائق (٥/ ١٩١). والدرر الحكام (٢/ ٢٧٣). وشرح الكنز (٣/ ٢٩٥).

المعتوه فقد وهم؛ لأن طلاقه[١] [ز ٢٥٦و] أيضاً لا يصح والغلبة بالتغير المذكور شاملة له نعم قد يذكر القيد ويراد به الغلبة على العقل فيحترز به عن المعتوه كما وقع في "الهداية" حيث قال: "ولا يجوز تصرف [و ١٨١و] المجنون المغلوب بحال"[٢] قالوا هو المذكور اشتبه عليه المعنيان وظن أن المراد في الكلامين واحد فوقع فيما وقع .(**وإعتاقهما وإقرارهما وصح طلاق العبد وإقراره في حق نفسه لا في حق سيده فلو أقرّ**) أي العبد المحجور .(**بمال آخر إلى عتقه وبحد وقود عجل**) لأنه في حق دمه وإيجاب الحد عليه مبقى على الأصل الآدمية حتى لا يصح إقرار هؤلاء بذلك عليه .(**ومن عقد منهم**) يعني عقداً يدور بين النفع والضرر؛ لأن الذي يتحمض نفعاً كقبول الهبة نافذة والذي يتحمض ضررا كالهبة لا ينعقد أصلاً .(**وهو يعقله أجاز وليه أو رد**) والمجنون الذي يعقل هو المعتوه الذي يختلط كلامه فيشبه تارة كلام العقلاء وأخرى لا .(**وإن أتلفوا مالاً مقوماً ضمنوا**) إلا أن ضمان العقد بعد العتق على ما مر الحجر فيه آثر في تأخير النفاذ لا في أصله فمن قال: أن الصغر والجنون والرق يوجب الحجر في الأقوال دون الأفعال أراد الحجر عن أصل النفاذ .(**ولا يحجر حر مكلف بسفه**[٣] **وفسق ودين**) وقالا[٤]: يحجر عليه بسبب السفه والدين في تصرفات لا يصح مع الهزل كالبيع والهبة والإجارة والصدقة ولا يحجر عليه في غيرهما كالطلاق ونحوها. وقال الشافعي[٥]: "يحجر عليه بالكل" كذا في "التبيين" في الحجر بسبب الفسق لقول الشافعي لا في قولهما وهذا ظاهر من "الهداية" أيضاً. (**وغفلة**) وعندهما، وقول الشافعي يحجر عليه القاضي بسبب [ب ١٠١ و] الغفلة .(**ويمنع**) لم يقل ويحجر، لأن هؤلاء [لا يحجرون مطلقاً[٦] بل][٧] يحجرون بمعنى المنع الحسي صرح به صاحب "البدائع"[٨] حيث قال: "وليس المراد به حقيقة الحجر وهو المعنى الشرعي الذي

---

(١) في (هـ) : (إطلاقه).
(٢) ينظر: الهداية (٣/ ٢٧٤).
(٣) السفه: الخفة. والسفيه الذي في عقله خفة، وقيل السفه، هو العمل بخلاف موجب الشرع اتباعا للهوى وترك ما يدل عليه ومن عادته التبذير والإسراف. ينظر: شرح الكنز ٣/ ٢٩٦.
(٤) في (ب) : (وقال).
(٥) ينظر : النكت ص٤٦٢. وتبيين الحقائق (٥/ ١٩٢).
(٦) في (ب، ج) : (مصلحاً). وفي (ز) : (لا يحجرون حجراً).
(٧) ما بين القوسين، لم يرد في (و).
(٨) في (هـ) : (الهداية).

يمنع نفوذ التصرف ألا ترى أن المفتي لو أفتى بعد الحجر وأصاب في الفتوى [ز ٢٥٥ظ] جاز ولو أفتى قبل الحجر وأخطأ: لا يجوز، وكذا الطبيب، لو باع الأدوية بعد الحجر نفذ[١] بيعه فدل أنه ما[٢] أراد به الحجر حقيقة وإنما أراد به المنع الحسي أن يمنع هؤلاء الثلاثة عن عملهم حساً لأن المنع عن ذلك من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فلا يلزمه التناقض"[٣] بين قوله أسباب الحجر ثلاثة وبين قوله أن هؤلاء الثلاثة .(**يحجر مفت ماجن**) هو الذي يعلم الناس الحيل، قال في "الجمهرة": مجن الشيء يمجن مجوناً إذا صلب [د ٢١٧و] وغلظ وقولهم رجل ماجن كأنه أخذ من غلظ [ج ٩٣و] الوجه وقلة الحياء يعزى محض .(**ومتطيب**[٤] **جاهل ومكار مفلس**) هو الذي يكاري الدابة ويأخذ الكراء فإذا جاء أوان السفر لا دابة له [هـ ٣٥١] ولا مال ليشتري به الدابة فانقطع المكتري عن الرفقة .(**فإن بلغ**) أي الصبي .(**غير رشيد لم يسلم إليه ماله اتفاقاً**) لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ وَقُولُوا۟ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ۝٥ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾[٥] .(**حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة**) هذا عنده[٦]، وعندهما: لا يدفع إليه ماله ابدا حتى يؤنس منه الرشد ولا يجوز تصرفه فيه لظاهر النص[٧] المذكور آنفا ولو أن هذا السن مظنة الرشد؛ لأنه [أ ١٤٣ظ] حال كما له فيدور الحكم معها .(**وصح تصرفه**) ولو كان من التصرفات الممتحضة ضرراً .(**قبله**) أي قبل الحجر (**وبعده**) أي بعد البلوغ السن المذكور .(**يسلم إليه ولو** [و ١٨٢ظ] **بلا رشد**) لأن العبرة بدليل الرشد لا لحقيقة .(**وحبس القاضي الحر المديون حتى يبيع ماله لدينه**) لم يقل ليبيع ماله لدينه؛ لأن أبا حنيفة لا يقول بالحبس للبيع حتى قال في رد قولهما حتى يحبس لأجله الحبس لقضاء الدين لا للبيع والتفصيل يطلب من الهداية وشروحه .(**وقضى**

---

(١) في (و): (يقع).

(٢) في (ب): (مار).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٧٢).

(٤) في (ب، ج): (وتطيب).

(٥) النساء: الآيتان ٥ - ٦.

(٦) من بلغ خمساً وعشرين سنة فقد بلغ رشده ألا ترى إنه قد بلغ سنا يتصور أن يصير جداً؛ لأن أدنى مدة يبلغ فيها الغلام إثنتا عشرة سنة فيولد له ولد لستة أشهر ثم الولد يبلغ في اثنتي عشرة سنة فيولد له ولد لستة أشهر فقد صار بذلك جداً. ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٩٥). وفي الاختيار (٢/ ٣٦٢) تصرف ه نافذ؛ لأن المنع عنه للتأديب لا للحجر، فلهذا نفذ تصرفه فيه.

(٧) في (ب): (نص). وفي (و): (القبض).

دراهم دينه من دراهمه وباع دنانيره لدراهم لدينه وبالعكس استحساناً) لأنهما متحدان في الثمنية القياس أن لا يبيع أحدهما لأجل الآخر؛ لأنهما مختلفان .**(لا عرضه ولا عقاره)** وقال إذا امتنع المديون بعدما أفلس بإحاطة الديون بماله حتى يحتاج [ز ٢٥٥و] إلى تقسيم الذماء عن بيع العرض [ب ١٠٢ظ] والعقار للدين فللقاضي بيعهما ويقضي دينه بالحصص .**(ومن أفلس ومعه)** أي في قبضه بإذن البائع .**(عين شراه)** ولم يؤد ثمنه لم يذكر هذا القيد اكتفاءً بما فهم من قوله .**(فبائعه أسوة للغرماء)** وقال الشافعي: يحجر القاضي المشتري لطلبه ثم للبائع خيار الفسخ.

فصل

(بلوغ الغلام بالإنزال) لم يذكر الاحتلام والإحبال؛ لأن البلوغ عندهما لتحقق الإنزال .**(والجارية بالحيض والحبل فإن لم يوجد فحتى يتم له ثمانية عشرة سنة ولها سبع عشرة سنة وقالا فيهما بتمام خمس عشرة سنة وبه يفتى)** قال صدر الإسلام: والفتوى في زماننا يجب أن يكون على قولهما لقصور أعمار أهل زماننا. **(وأدنى مدة له اثنتا عشرة سنة ولها تسع سنين فإن راهقا فقالا بلغنا وهما كالبالغ حكماً)** والله أعلم[١].

---

(١) (والله أعلم): الزيادة: من (و، ز).

كتاب المأذون

(المأذون) الإذن المعتبر ها هنا .**(فك الحجر في التجارة)** لابد من هذا القيد؛ لأن الحجر لاينفك عن العبد المأذون في[1] غير باب التجارة .**(وإسقاط الحق)** يعني حق المنع لا حق المولى؛ لأنه مع اختصاصه بإذن العبد غير صحيح؛ لأن حق المولى لا يسقط[2] بإذن ولذلك يأخذ من كسبه جبراً[3] على ما سيأتي والمسقط هو المولى إن كان المأذون [ج ٩٤ظ] رقيقاً والولي إن كان صبياً، وعند زفر والشافعي[4]: هو توكيل وإنابة .**(فيتصرف العبد)** عطف على المعنى فكأنه قال: إذا أذن المولى ينفك[5] العبد من الحجر إلى آخره[6] وإنما خص البيان به لخفاء الحال فيه وإلا فالحكم مشترك .**(لنفسه بأهليته)** ولهذا لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة ومن قال: فإنه [هـ٣٥٢] ليس بوكيل والوكيل هو الذي يتصرف لغيره[7] لم يدر أنه إن قصد الحصر لا يصح الكلام وإلا فلا يتم المرام[8] كما لا يخفى على ذوي الأفهام .**(فلم يرجع بالعهدة على سيده ولم يؤقت عليه)** فمجموع المعطوفين متفرع على مجموع[9] جزئي التوزيع فإن عدم الرجوع لكون الإذن فك الحجر وعدم التوقيت لكونه إسقاطاً فإن الإسقاط لا يتوقت إلا أنه أخر هذا عن قوله فيتصرف العبد لنفسه بأهليته؛ لأن ظهور التفريع الأول بواسطته [و١٨٢و] .**(فعبد إذن يوماً مأذون حتى يحجر عليه)** تفريع على قوله ولم يوقت وقوله .**(ولم يختص بنوع)** عطف على قوله لم يوقت فيشاركه في التفريع على أنه إسقاط الحق فإن إسقاط حق المنع إطلاق عن ذلك القيد فلا يتخصص بتصرف والمراد إنه إذا أذن في نوع من التجارة[10] [ب١٠٢و] يعم إذنه في الأنواع وفيه خلاف الشافعي .**(ويثبت دلالة فعبد رآه سيد يبيع ويشتري)** إنما إطلاقهما إذ لا فرق بين أن يبيع عيناً مملوكاً للمولى أو للأجنبي بإذنه أوبغير إذنه بيعاً صحيحاً أو

---

(١) (غير): لم ترد في (و).
(٢) في (و): (لا تسقط).
(٣) (جبراً): لم ترد في (و).
(٤) ينظر: الهداية (٤/ ٢٨٥).
(٥) في (ب، ج): (لينفك).
(٦) (إلى آخره): لم ترد في (و).
(٧) في (هـ): (بغيره).
(٨) (المرام): لم ترد في (ب، ج).
(٩) (مجموع): لم ترد في (ب، ج، ز).
(١٠) في (أ): (التجارة).

فاسداً .(**وسكت**[١] **مأذون**) دفعاً للغرور خلافاً لزفر والشافعي .(**وصريحاً فلو أذن مطلقاً صح كل تجارة منه**) بين الحكم في صورة[٢] الإذن المطلق عن قيد العموم والخصوص ليعلم الحكم في صورة الإذن [أ١٤٣و] المقيد بقيد العموم بطريق الدلالة أما حكم الإذن المقيد بقيد الخصوص قد[٣] بين فيما سبق فلا يذهب الوهم[٤] إلى نفي الحكم عنه بطريق المفهوم فإن العبرة للمفهوم عند عدم التصريح بخلاف ومن ذهب عليه هذا [د٢١٨و] قال ما قال وماذا بعد الحق إلا الضلال. (**فيبيع ويشتري ولو بغبن فاحش**) لأنه من باب التجارة، وقالا: لا يصح بغبن فاحش لأنه تبرع .(**ويوكل بهما ويرهن ويرتهن ويتقبل الأرض**) أي يأخذها قبالة بالاستيجار والمساقات .(**ويأخذها مزارعة ويشتري بذراً يزرعه ويشارك عناناً**) إنما قال عناناً احترازاً عن المفاوضة .(**ويدفع المال ويأخذ مضاربة ويستأجر**) أي يستأجر شيئاً كالأجير والبيت وغيرهما .(**ويؤجر نفسه**) خلافاً للشافعي .(**ويقر**[٥] **بوديعة وغصب ودين ويهدي طعاماً يسيراً**) من بيت زوجها للإذن عادة هذه المسألة ليست من هذا الباب لكنها ذكرت للمناسبة في قوله طعاماً إشارة إلى أنه لا يجوز أن يهدي من غير المأكول [ج٩٤و] أصلاً .(**ويضيف من يطعمه ويحط عن الثمن بعيب قدراً عهد ولا يزوج رقيقة**) [وقال أبو يوسف[٦]: يزوج الأمة لأنه تحصيل المال بمنافعها فأشبه الإجارة، ولهما: أنه ليس من التجارة][٧] (**ولا يكاتبه، ولا**[٨]: **يعتق أصلاً، ولا يقرض، ولا يهب ولو بعوض وقالوا: لا بأس للمرأة بتصدق شيء يسيراً من بيت زوجها، وكل دين وجب بتجارته، أو ربما هو في معناها كبيع، وشراء وإجارة واستئجار**[٩] **وغرم وديعة وغصب وأمانة حجرهما وعقر وجب يعطي مشربة بعد الاستحقاق بتعلق بكسبه**) [ويقسم ثمنه بالحصص

---

(١) في (هـ، و): (أو سكت).
(٢) في (هـ): (الصورة).
(٣) في (هـ): (فقد).
(٤) في (ب، ج): (الفهم).
(٥) في (ب، ج): (ويقدر).
(٦) وقال أبو يوسف ـ رحمه الله- يزوج الأمة؛ لأنه تحصيل المال بمنافعها فأشبه إجارتها. ولهما: أن الإذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة، ولهذا لا يملك تزويج العبد. ينظر: الهداية (٤/ ٢٨٦).
(٧) ما بين القوسين، لم يرد في (د).
(٨) في (ب): (وقالا).
(٩) قيل صورة وجوب الدين بالبيع والشراء أن يبيع ويستحق المبيع ويهلك الثمن في يده وقيل في صورة وجوب الدين بالإجارة أن يأخذ المأذون الأجرة معجلاً ثم يهلك المستأجر أو يستحق قبل تمام المدة. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٤٤٩).

ويكسبه][١] **(الذي حصل قبل الدين أو بعده وبما انتهب)** [هـ٣٥٣] أي وهب له فقبل الهبة .**(ثم برقبة)** قال في "التبيين": "يبدأ بالكسب؛ لأنه أهون على[٢] المولى مع انفاء حق الغرماء وعند انعدامهم يستوفي [ب ١٠٣ظ] من الرقبة دفعاً للضرر عن الغرماء"[٣] **(يباع[٤] فيه [ويقسم ثمنه بالحصص][٥] إلا أن يفسد به المولى)** وقال زفر والشافعي: لايباع هو في الدين لكن يباع كسبه؛ لأن غرض المولى حصول ما لم يكن لا تفويت مال قد [و ١٨٣ظ] كان وقد مر الإشارة إلى وجه قولنا .**(لا بما أخذه سيده منه قبل الدين وطولب بما بقي)** أي: طولب بما بقى من الدين زائداً عن كسبه وثمنه .**(بعد عتقه وللسيد أخذ غلة مثله مع وجود دين وما زاد للغرماء وينحجر إن أبق)** وقال زفر والشافعي: لا ينحجر؛ بأن الإباق لا ينافيه ابتداء الإذن فلان لايمنع بقاؤه وهو دونه أولي. ولنا: أن دلالة الحجر قائمة لأن المولى لا يرضى بإسقاط حقه حال تمرده أما إذا إذنه صريحاً فهو يفوت دلالة الحجر .**(أو مات سيده [د٢١٩ظ] أو جن مطبقاً أو لحق بدار الحرب مرتداً أو حجر عليه بشرط أن يعلم هو وأكثر أهل سوقه)** أما الشرط الأول فلدفع الغرور من الناس وإنما يشترط الثاني إذا كان الإذن شائعاً .**(والأمة إن استولدها)** وقال زفر: لا تحجر الأمة بالاستيلاء؛ لأنه يجوز إذن المستولدة[٦] ولهم فيه دلالة الحجر لكن إذا أذنها صريحاً فهو يفوت دلالة الحجر .**(لا أن دبر وضمن قيمتها للغريم)** [أي في صورة الاستيلاء والتدبير إن كان عليهما دين محيط غرم السيد قيمتها ولا يغرم ما زاد على القيمة][٧] لأنه لم يحبس إلا الرقبة فعليه قيمتها .**(ولو حجر فأقر أن ما معه أمانة أو تحصب وبدين عليه صح)** وقالا[٨]: لا يصح لأن المصحح لإقراره إن كان هو الإذن فقد زال بالحجر[٩] وإن كان اليد فالحجر أبطلها وله: أن المصحح اليد وبقي باقيه .**(ولو شمل دينه ماله ورقبته لم يملك سيده ما معه)** [ج ٩٥ظ]

---

(١) ما بين القوسين، ساقط من (د، هـ، و).
(٢) في (ب): (عن).
(٣) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ٢٠٩).
(٤) في (هـ، و): (ويباع).
(٥) ما بين القوسين، لم يرد في (أ، ب).
(٦) في (و): (للمستولدة).
(٧) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).
(٨) ينظر: الهداية (٤/ ٢٨٩).
(٩) هذا في القياس وجه الاستحسان أن المصحح هو القيد باقيه حقيقة وبطلان اليد حكماً بالحجر فراغ ما في يده من الإكساب عن حاجته وإقراره دليل على تحققها. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٤٥١).

وقالا: لا يملك؛ لأن الرقبة ملكه فكذا الإكساب وله أن ملك المولى إنما يثبت [أ١٤٤ظ] خلافه عن العبد عند فراغه عن كملك الوارث وها هنا مشغول بها بقى ها هنا شيء وهو أنه حينئذٍ لا يتمشى فيه ما ذكر في كون الرق مانعاً عن الإرث. **(فلم يعتق عبد كسبه بإعتاق سيده)** تفريع على ما سبق، وقالا[1] يعتق لأنه ملكه ويضمن السيد قيمته للغرماء أن كان موسراً وإن كان معسراً فلهم أن يضمنوا العبد المعتق ويرجع العبد بذلك إلى المولى ذكره الكرخي في "مختصره" .**(وعتق أن لم يحط دينه)** أي برقبته وكسبه .**(ويبيع)** أي المأذون المديون .**(من سيده بمثل القيمة)** لعدم التهمة .**(لا بأقل)** لأن فيه تهمته فلا يجوز هذا لأن [ب١٠٣و] حق الغرماء تعلق بالمالية فليس له أن يبطل حقهم .**(وقالا)** إن باعه من المولى جاز البيع فاحشاً كان الغبن أو يسيراً ولكن يخير بين أن يزيل [هـ٣٥٤] الغبن وبين أن ينقض البيع؛ لأن في المحاباة إبطال حق الغرماء في المالية .**(وسيده منه بمثلها لا بأكثر)** لأن المولى أجنبي من كسبه عنده إذا كان عليه دين والكلام فيه. وعندهما: جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت فإن المولى يستحق أخذ الثمن [و١٨٣و] والعبد المبيع فيثبت لكل منهما ما لم يكن ثابتاً قبل ذلك فأفادا .**(فلو جارية)** أي بالأكثر .**(حط الفضل أو نقص البيع)** أي يؤمر السيد بأن يفعل واحداً منهما .**(وبطل ثمنه لو سلم مبيعه قبل قبضه وله حبس مبيعه لثمنه)** [د٢١٩و] أي للسيد ولاية حبس المبيع لقبض الثمن فإن سلم المبيع قبل قبض الثمن أبطل حقه في العين فلم يبق له حق إلا في الدين والمولى لا يستوجب على عبده ديناً فيبطل الثمن .**(وصح إعتاقه مديوناً)** أي إعتاق المولى العبد المأذون حال كونه مديوناً سواء كان الدين محيطاً أو لم يكن لأن ملكه فيه باق .**(وضمن السيد الأقل من دينه وقيمته)** قال في "شرح الطحاوي" : والغرماء بالخيار إن شاءوا اتبعوا العبد بالدين وإن شاءوا اتبعوا المولى بالأقل من قيمته ومن الدين انتهى ثم أن تضمينهم الدين إذا كان هو الأقل؛ لأن حقهم ليس إلا فيه وتضمينهم القيمة إذا كانت هي الأقل؛ لأنه تعلق حقهم بالرقبة وهو أتلفها **(وهو فضل دينه)** أي ضمن المأذون الذي عتق ما زاد على القيمة من الدين[2] **(فإن بيع عبد ذو دين محيط برقبته وغيبة المشتري)** إنما قيد بهذا لأن الغرماء إذا قدروا على العبد كان لهم أن يبطلوا البيع إلا أن يقضي المولى ديونهم لأن حقهم تعلق برقبة .**(أجاز الغريم بيعه وله ثمنه أو ضمن المشتري أو البائع قيمته**

---

(١) ينظر: الهداية (٤/ ٢٨٩).

(٢) في (ب،ج): (الديون).

فإن ضمنه) أي البائع .**(ورد عليه بعيب رجع على الغريم)** أي رجع البائع على البائع بقيمته .**(وعاد حقه)** أي حق الغريم .**(في العبد فإن باعه سيده معلماً بدينه)**.

فائدة هذا القيد: تظهر في المسألة الآتية القائلة ولا يخاصم المشتري منكراً فإنه دل بمفهومه على أنه يخاصم مقراً فلا بد في المسألة من فرض العلم حتى يتيسر تصوير الإنكار مرة والإقرار أخرى .**(فللغريم رد بيعه إن لم يصل ثمنه إليه)** إنما اعتبر هذا الشرط؛ لأنه إذا وصل إليه الثمن لا يكون له حق الرد البيع؛ لأن قبضه الثمن [ب١٠٤ظ] دليل الرضا للبيع إلا إذا كان فيه محاباة إذ حينئذٍ له أن يقول: إنما قبضت الثمن لاعتقادي أنه[١] تمام القيمة ولذلك قال .**(وإن وصل لا محاباة)** لا حيث لم يكتف بمجرد وصول الثمن بل ضم إليه عدم المحاباة في البيع هكذا ينبغي أن يلاحظ الكلام في هذا المقام ولا تلتفت[٢] إلى ما في الشروح والحواشي من حشاوي الأوهام ثم إن كانت فيه محاباة فأما أن تدفع المحاباة أو ينقض البيع .**(ولا يخاصم المشتري منكراً دينه إن غاب [هـ٣٥٥] بائعه)** لأنه ليس خصماً له وقال أبو يوسف: هو خصمه للغريم بدينه؛ لأنه يدعي الملك لنفسه فيكون [د٢٢٠ظ] خصماً لكل من ينازعه. ولهما: أن الدعوى يتضمن فتح العقد وفي الفسخ قضاء على الغائب .**(ولو اشترى عبداً وباع ساكناً عن إذنه وجحد مأذون)** [أ١٤٤و] عبد قدم مصراً وباع واشترى فهو مأذون سواء قال أنا مأذون في التجارة أو سكت عن الإذن والحجر لا؛ لأن تصرفه دليل الإذن بل لأن المقام مقام الضرورة [و١٨٤ظ] وأمر المسلم محمولة على الصلاح فيحمل عليه ضرورة كذا في "شرح[٣] الجامع الصغير" فلابد في المسألة من تقييد العبد بالمسلم .**(لا يباع إلى دينه إلا إذا أقر سيده بإذنه)** إذ الدين لا يظهر في حقه إذا لم يقر بالإذن والمعاملون لم يقرهم المولى وإنما تعذر والاعتماد هم على ظاهر الحال.

[فصل في تصرف الصبي]

(وتصرف الصبي إن نفع كالإسلام والإشهاب صح بلا إذن وإن ضر كالطلاق والإعتاق لا وإن أذن به وما نفع وضر كالبيع والشراء علق بإذن وليه) اكتفاء بالأهلية القاصرة في المنافع واشتراطاً للكاملة في الضار ودفعاً للضرر بانضمام رأي الولي في التردد بينهما، وعند الشافعي: [لا يصح تصرفه بإجازة الولي

---

(١) في (و): (لأنه).

(٢) في (و): (ولا يلتفت).

(٣) في (ب، ج): (الشروح).

وكذا][1] لا يصح إسلامه .(**وشرطه أن يعقل البيع سالباً للملك والشراء جالباً له ووليه أبوه وصية بعد موته ثم جده**) أي إن لم يكن الأب ولا وصيه ثم وصيه بعد موته ثم القاضي أو وصيه أيهما تصرف يصح وإضافة الوصي [ج٩٦ظ] إلى القاضي باعتبار أن وصايته للأب أو الجد ثابتة من جهته وإلا فإيصاء الاستخلاف بعد الموت وهو يتصرف حال حياة القاضي ولذلك لم يقل ها هنا ثم وصيه .(**ولو أقر**) أي الصبي المأذون بالتجارة .(**بما معه من كسبه**) لأنه من تمام التجارة ولو لم يصح لا يعامله الناس .(**أو إرثه صح**) لا الحجر ارتفع بالإذن فصار كالبالغ فصح [ب١٠٤ظ] إقراره بالإرث أيضاً هذا في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة أنه لا يصح في الإرث ؛ لأن ضمنه في الكسب بما ذكره أنه من توابع التجارة والإرث ليس منها.

---

(١) ما بين القوسين، لم يرد في (و).

كتاب الغصب

(هو)[1] لغة أخذ الشيء مالاً كان أو غير مال من الغير على سبيل التغلب وشرعاً .**(أخذ مال)** فلا يتحقق من الميتة والحر .**(متقوم)** فلا يتحقق في ضمر المسلم .**(محترم)** فلا يتحقق من مال الحربي .**(بلا إذن من له الإذن)**[2] [احترز عن[3] الوديعة وإنما لم يقل بلا إذن مالكه؛ لأن كون المأخوذ ملكاً ليس بشرط لوجوب الضمان فإن الموقوف مضمون [د٢٢٠و] بالإتلاف وليس بمملوك أصلاً صرح به في "البدائع"][4] **(يزيل يده بفعل في العين)** لابد من هذا القيد على أصل الشيخين وبدونه ينطبق الحد على قول محمد على ما ستقف[5] عليه فإن قلت هذا[6] القيد لا يتحقق في الغصب عن الغاصب قلت غاصب [هـ٣٥٦] الغاصب ليس بغاصب حقيقة بل ملحق به في إحرام أحكامه عليه على ما أشير إليه في "المحيط". واعلم أن الشيخين اعتبر في الغصب إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة [بعقل في العين ومحمد اكتفى بإزالة اليد المحققة مطلقاً والشافعي اكتفى بإثبات اليد المبطلة.

ويتفرع على هذا مسائل][7] منها: أن زوائد المغصوب لا تكون مضمونة عندنا خلافاً للشافعي لتحقق إثبات اليد المبطلة دون إزالة المحقق.

ومنها: أن العقار لا يغصب عندهما لعدم تحقق الإزالة بفعل فيه لأن[8] يد المالك[9] لا تزول إلا بإخراجه عنده [و١٨٤و] وهو فعل لا في العقار خلافاً لمحمد والشافعي لتحقق مطلق الإزالة والإثبات فيه ومنها: ما ذكره بقوله. **(واستخدام القن وحمل الدابة غصب لا جلوسه على البساط)** إذ في الأولين أثبت فيه اليد المتصرفة ومن ضرورته[10] إزالة يد المالك بخلاف الأخير فإن الجلوس عليه ليس تصرف فيه فإن قلت أليس يصدق الحد المذكور على السرقة قلت: نعم،

---

(١) (هو): لم ترد في (و).

(٢) في (ب، ج): (بلا إذن مالكه).

(٣) في (و): (عن به).

(٤) ما بين القوسين، لم يرد في (ب، ج).

(٥) (ما ستقف): لم ترد في (هـ).

(٦) في (ب، ج): (بهذا).

(٧) ما بين القوسين، لم يرد في (ب).

(٨) (لا): لم ترد في (ب).

(٩) في (ب، ج): (الملك).

(١٠) في (ب): (ضروته). وفي (هـ): (ضرورة).

إلا أن في السرقة خصوصية بها كانت من جملة أسباب الحد مسائلها باعتبار تلك الخصوصية في السرقة الحدود وذلك لا ينافي دخولهما باعتبار أصلها في الغصب كالشراء من الفضولي فإنه غصب مع إنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع باعتبار ما فيه من خصوصية بها صارت من مسائلها ومن ذهب عليه هذه الدقيقة تصدى لإخراجها عن الحد المذكور بزيادة قوله لا على [أ١٤٥ظ] سبيل الحقيقة ولم يدر أنه حينئذٍ يخرج عنه بعض أفراد لغصب كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية [ج٩٦و] .(**وحكمه: الأثم لمن**[١] **علم ولا العين قائمة في [مكان غصبه)** لتفاوت القيمة باختلاف المكان (**والغرم هالكة علم أو لم يعلم**)؛ لأنه حق العبد فلا يتوقف على العلم [ب١٠٥ظ] (**ويجب المثل في المثلي**) فإن قلت يشكل هذا[٢] بما إذا غصب[٣] المسلم خمر الذمي وأتلف فإن الواجب قيمتها مع إنها من ذوات الأمثال قلت بل الواجب فيه أيضاً المثل[٤] [د٢٢١و] قال الناطفي في "الأجناس": لو أتلف المسلم على النصراني خمراً عليه قيمتها ومعناه بالقيمة يسقط ما وجب عليه بالإتلاف فالمسلم إذا أتلف على الذمي خمراً الواجب هو المثل (**كالمكيل والموزون والعددي المتقارب**) المراد بالموزون فلا يخرجه الصنعة عن بيعه بحسب الوزن بأن يكون مقابلة بالثمن مبنياً على الوزن فمثل القمقمة والقدر ليس منه ومن قال: أن الحال في المكيل والعددي أيضاً كذلك فقد ارتكب بما لا حاجة إليه ولم يدر أنه حينئذ يضيف قيد المتقارب لأن ما يكون مقابلته [ز٢٥٩ج] بالثمن مبنياً على العدد لا يكون متفاوتاً (**فإن انقطع المثل فقيمته يوم يختصمان**) لأن القيمة يجب يوم الخصومة هذا عنده وعند أبي يوسف: يوم تحقق السبب وهو الغصب فإنه إذا انقطع المثل التحق لما لا[٥] مثل له، وعند محمد: يوم الانقطاع لأنه حينئذ ينتقل إلى القيمة قيل تنصيص[٦] [هـ٣٥٧] قول أبي حنيفة إن لم يبق شيء من أنواعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقلتها

---

(١) في (د،و،ز): (إن).

(٢) في (و): (ويشكل هذا).

(٣) (غصب): الزيادة من (د،هـ،و،ز).

(٤) ذكر في السير الكبير من أتلف على آخر جنة فعليه قيمته فلم يجعل البن مثلياً أنه مرزوق لأنه يتفاوت في نفسه تفاوتاً فاحشاً وما كان عنده الصفة لا يجعل مثلياً في الضمان وإن اعتبر مثلياً في حق جواز المسلم وغيره في الاقسام [ز٢٥٩ظ].

(٥) في (هـ): (بما لا).

(٦) في (ز،و،د،هـ): (قيل في تضعيف).

وهذا في المعدوم متعذر[١] ومتعسر[٢] ولكنه ضعيف؛ لأن حد الانقطاع على ما ذكر في سلم "الذخيرة" أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت وأما ما قيل لم ينتقل إلى القيمة في يوم الانقطاع إذ لم يوجد من المالك طلب فهو جواب أبي حنيفة كما تمسك به محمد مذكور في "الهداية" **(وفي غير المثلي قيمته يوم غصبه كالعددي)** أي الذي يعد ويكون أفراده متفاوتة لا الذي يقابل بالثمن مبيناً على لأن قيد **(المتفاوت)** [و١٨٥ظ] بأباه على ما نهت عليه فيما أيضاً ثم أنه لم يقل هو العددي لأنه غير محضر فيه فإن المزروعات أيضاً **(فإن ادعى الهلاك)** مرتبط لما تقدم من وجوب رد العين قائمة. **(حبس حتى يعلم أنه لو بقي لظهر ثم قضى عليه بالبدل)** من المثل والقيمة **(وشرطه كون المغصوب نقلياً فلو غصب عقاراً وهلك في يده لم يضمن)** قد مرّ أصل هذا وما فيه من خلاف محمد والشافعي و[٣] الإشارة إلى منشأ الخلاف **(وضمن ما نقص بفعله ككسا، وزرعه)** لأنه إتلاف والعقار يضمن به وإن لم يضمن بالغصب عندهما **(وبإجاره عبد غصب)** عطف على قوله بفعله أي أن [ب١٠٥و] استغل المغصوب بأن كان عبداً مثلاً فلأجره فنقصه الاستغلال ضمن النقصان **(و[٤]تصدق بأجره وأجر مستعاره وربح حصل بالتصرف في مودعه أو مغصوبه متعيناً بالإشارة أو بالشراء)** [ج٩٧ظ] [د٢٢١و] عطف على قوله بالتصرف **(وبدراهم الوديعة أو الغصب ونقدها)** [ز٢٦٢ظ] يعني يتصدق الربح الحاصل فيهما إذا كانا مما يتعين بالإشارة وإن لم يكونا منه فإنما يتصدق أن لو أشار إليهما ونقدهما **(وإن[٥] أشار إليهما ونقد غيرهما أو إلى غيرها أو أطلق ونقدها)** أي لم يشر إلى شيء بل قال اشتريت بألف درهم ونقد من دراهم الوديعة والغصب **(لا)** أي في هذه الصور الثلاث فيطيب[٦] الربح له ولا يتصدق هذا على قول الكرخي **(وبه يفتى)** وفي "التبيين" قال مشايخنا: " لا يطيب بكل حال وهو المختار وإطلاق الجواب في الجامعين "الجامع الكبير" و"الجامع الصغير" والمضاربة تدل على ذلك واختار بعضهم الفتوى على قول الكرخي في زماننا لكثرة الحرام هذا كله على قولهما، وعند أبي

---

(١) في (ز): (متعذر أو متعلم).
(٢) (متعسراً): لم ترد في (هـ).
(٣) (حرف الواو): لم يرد في (ب).
(٤) حرف الواو مكرر في (ب).
(٥) في (هـ): (فإن).
(٦) في (ب،ج): (يطيب).

يوسف[١]: لا يتصدق بشيء فيه[٢] **(وإن غصب وغيّر فزال اسمه وأعظم منافعه ضمنه وملكه بلا حل قبل أداء[٣] بدله)** أي لا يحل له الانتفاع حتى يؤدي بدلها استحساناً والقياس في له ذلك وهو قول الحسن[٤] وزفر لثبوت المال من "الحقائق" .**(كذبح شاة وطبخها أو شِيها أو طحن بزر أو زرعه[٥] وجعل حديد سيفاً وصفر[٦] إناء والبناء على أساجة)** [أ١٤٥و] خشبة عظيمة حلية تجلب من الهند وتستعمل في أبواب الدور[٧] وبنائها وأساسها ذكره في "غاية البيان" [هـ٣٥٨]، **(ولبن)** لأنه أحدث صنعة متقومة[٨] صبرها حق المالك هالكاً من وجه، وقال الشافعي: لا ينقطع حق المالك عنه؛ لأن العين باق ولا يعتبر فعل[٩] الغاصب؛ لأنه محظور فلا يصير سبباً للملك واعلم أن هذا الحكم الذي ذكر في الساجة فيما إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة وأما إذا كانت قيمة الساجة أكثر من البناء فلم يزل ملك مالكها كذا في "الذخيرة"[١٠].

(وإن ضرب الحجرين درهماً وديناراً[١١] أو إناء لم يملكه وهو لمالكه بلا شيء) هذا عنده، وعندهما: يملكهما الغاصب وعليه مثلهما قياساً على غيرهما وله أن العين باق من كل وجه ألا يرى[١٢] أن الاسم باق ومعناه الأصلي الثمنية[١٣] وكونه موزوناً وإنه باق حتى جرى فيه الربا باعتبار [ب١٠٦ظ] [ز٢٦٢و] **(وإذا ذبح** [د٢٢٢ظ] **شاة غير طرحها المالك عليه وأخذ قيمتها وأخذها وضمنه نقصانها وكذا لو خرق ثوباً وفوت بعض العين وبعض نقصه لا كله)** [و١٨٥و] فإنه لو فوت كل النفع ضمنه كل القيمة[١٤] **(وفي يسير نقصه ولم يفوت شيئاً منها ضمن ما نقص ومن بنى في أرض غيره أو غرس أمر بالقلع والرد)** "قال الزاهدي في "شرح

---

(١) في (ز): (أبي حنيفة).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق: (٥/ ٢٢٦)، مرافقاً لما في المحيط حيث قال: الفتوى على قول الكرخي لكثرة الحرام وفقاً للحرج عن الناس في هذا الزمان بهذا قول الصدر الشهيد وفي الدرر: (٢/ ٢٦٤) وما بعدها وبه كان يفتي الإمام أبو الليث، ينظر: مجمع الأنهر: (٢/ ٤٥٩).

(٣) في (د): (أراد).

(٤) ينظر: الهداية: (٤/ ٢٩٧)، تبيين الحقائق: (٥/ ٢٢٧).

(٥) في (ب): (ورعه).

(٦) في (ب،ج): (وصفوا).

(٧) في (أ): (المدور).

(٨) في (هـ): (متقدمة).

(٩) (فعل): لم ترد في (هـ).

(١٠) ينظر: الذخيرة.

(١١) في (هـ): (أو ديناراً).

(١٢) في (هـ): (لا يرى).

(١٣) في (هـ): (القيمة).

(١٤) في (ز): (ضمنه قيمة الكل).

القدوري" بعلامة صاحب "المحيط" عن فتاوى خواهر زاده: إذا كانت [ج٩٧و] قيمة الساجة أقل من قيمة البناء ليس له أن يأخذها وإن كانت أكثر فله ذلك وكذا في الساجة وزعم إن هذا هو المذهب، قال مشايخنا: هذا قريب مما ذكره محمد: أن دجاجة إنسان ابتلعت لؤلؤة الغير ينظر إلى قيمتها ويخيرها صاحب الأكثر[١] **(وللمالك أن يضمن له قيمة بناء أو شجر أمر بقلعه إن نقصت به)** أي إن نقصت الأرض بالقلع ثم بين طريق معرفة قيمة ذلك فقال: **(فيقوم بلا بناء وشجر ويقوم مع أحدهما مستحق[٢] القلع)** قيمة المستحق[٣] القلع بناء كان أو شجراً أقل من قيمته مقلوعاً مقدار أجرة القلع **(فيضمن الفضل وإن حمر الثوب أو صفر أو لت السويق بسمن ضمنه قيمته أبيض ومثل سويقه)** لأنه مثلي بخلاف الثوب فيأخذ فيه القيمة **(أو أخذهما وغرم ما زاد الصبغ أو السمن وإن سوّد ضمنه أبيض أو أخذه ولا شيء للغاصب)** هذا عنده، وقالا: التسويد كالتحمير وقيل هذا أختلاف عصر وزمان وقيل: إن كان ثوباً ينقصه السواد فهو نقصان وإن كان ثوباً يزيد فيه السواد فهو كالحمرة. وقال الشافعي[٤]: في الثوب لصاحبه أن يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتباراً بفصل الساجة؛ لأن التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق؛ لأن التمييز متعذر.

ولنا: أن فيه رعاية الجانبين والخيرة[٥] لصاحب الثوب لكونه صاحب الأصل بخلاف الساجة؛ لأن النقص له بعد النقص[٦] أما الصبغ فيتلاش[٧].

فصل

(لو غيب[٨] ما غصب وضمن للمالك قيمته ملكه) [ز٢٦١ظ] خلافاً للشافعي لما مرّ أن الغصب محظور فلا يكون سبباً للملك كما في المدبر. ولنا: أنه ملك

(١) ينظر: (المجتبى للذهبي) [ق٢٠٥و].

(٢) تقوم الأرض بلا شجر أو بناءٍ بمائة مثلاً وتقوم مع أحدهما بمائة وعشرة حال كونه مستحق القلق فحينئذٍ ينقص أجرة القلع وهي درهم فيبقى مائة وتسعة دراهم فيضمن المالك الفضل هو التسعة، ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٤٦٢) وما بعدها.

(٣) في (هـ): (مستحق).

(٤) (الشافعي): لم ترد في (هـ) وينظر: الشافعي.

(٥) في (ب،ج): (أو لخيرة).

(٦) النقص: وهو بالكسر المنقوص يعني أن الحاصل في البناء كالخشب والآجر.

(٧) في (ب): (تبلا)، وفي (د): (فلاشي). (٨) (لو غيب): لم ترد في (ب).

البدل[١] بكماله والمبدل[٢] قابل [هـ٣٥٩] للنقل [ومن ملك إلى ملك فيملكه دفعاً للضر عنه بخلاف المدبر؛ لأنه غير قابل للنقل][٣] [ب١٠٦و] **(وصدق الغاصب في قيمته مع حلفه أن لم يقم حجة الزيادة فإن ظهر وقيمته أكثر وقد ضمن الغاصب بقوله أخذه المالك ورد عوضه أو أمضى الضمان وإن ضمن بقول مالكه أو بحجته أو بنكول غاصبه فهو له ولا خيار للمالك)** [د٢٢٢و] لأنه قد تم له الملك بسبب اتصل به رضى المالك حيث ادعى هذا المقدار **(وينفذ بيع غاصب ضمن بعد بيعه لا إعتاقه)** لم يقل الإعتاق؛ لأنه ينفذ [قيل الضمان[٤] إذا كان من المشتري من الغاصب[٥] **(ضمن بعده)**؛ لأن الملك المستند كاف لنفاذ البيع دون الإعتاق [لأنه منقوض بإعتاق المشتري من الغاصب بل دون الغصب غير موضوع لإفادة الملك][٦] [أ١٤٦ظ] **(وزوائد الغصب متصلة كالسمن والحسن ومنفصلة كالولد والثمر ولا يضمن إلا بالتعدي أو المنع بعد الطلب)** [و١٨٦ظ]، وقال[٧] الشافعي [ج٩٨ظ]: مضمونه وقد مرّ إن هذا مبني على الخلاف في حد الغصب **(وضمان نقصان ولادة وجبر بولد يعني[٨] به)** خلافاً للشافعي[٩] وزفر: فإن الولد ملكه فلا يصح جابر الملكة، ولنا: أن سبب الزيادة والنقصان شيء واحد وهو الولادة أو العلوق[١٠] وعند ذلك لا يعد نقصاناً فلا يوجب ضماناً **(ولو زنى بأمةٍ غصباً فردت حاملاً فولدت فمات ضمن قيمتها)** يوم التلف[١١]، وقالا: لا يضمن يعني جميع قيمتها ولكن يضمن نقصان الحبل[١٢] لهما[١٣]: أن سبب التلف التلف وهو الولادة حصل عند المالك بعد صحة الرد من الغاصب؛ لأن العيب لا يمتع صحة رد الأصل فخرج عن عهدة رد الأصل وبقي في عهدة النقصان والعيب كذا في "المحيط"[١٤]. وله:[١٥] أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذ فلم يصح الرد [ز٢٦١و].

---

(١) (البدل): مكرر في هـ.
(٢) في (هـ): (والمبدل فيه).
(٣) ما بين قوسين لم ترد في (و).
(٤) ما بين القوسين لم ترد في (ج، هـ).
(٥) في (ب،هـ): (الذي ضمن).
(٦) لم ترد في (أ، ب،ج).
(٧) (وقال): مكرر في (ج)
(٨) (يفي): مكرر في (ب).
(٩) قول زفر والشافعي لا يجبر النقصان بالولد، لأنه ملكه فكيف يجبر ملكه بملكه.
(١٠) في (ب،ج): (الأدة والعلوق).
(١١) في (و): (التلف).
(١٢) في (أ،ج): (الجبل).
(١٣) (ولهما): لم ترد في (هـ).
(١٤) ينظر: المحيط البرهاني.
(١٥) في (و): (ولأنه).

(بخلاف الحرة) لأنها[١] لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد **(ومنافع ما غصب)** عطف على الحرة .**(استعمله أو عطله)** وعند الشافعي مضمونة بأجر المثل في الصورتين، وعند مالك: مضمونة في الأولى دون الثانية وعدم الضمان عندنا: لعدم التقوم فإن تقومها في العقد ضرورة **(وإتلاف خمر المسلم وخنزيره وإن[٢] أتلفها[٣] الذمي ضمن)** خلافاً للشافعي له أن الذمي تبع المسلم فلا تقوم في حقه، ولنا: أنه متروك على اعتقاده **(ولو غصب خمر مسلم فخللها بما لا قيمة له)** سواء كان مالاً كما إذا ألقى فيها حنظلة أو شيئاً[٤] يسيراً من الملح بحيث لا قيمة له أو لم يكن كما إذا شمسه ذكر في "المحيط" **(أو جلد ميتة فدبغة به)** أي بما لا قيمة له كالتراب والشمس **(أخذهما المالك بلا شيء ولو أتلفهما ضمن ولو خللها بذي قيمة)** كالملح الكثير والخل **(وملكه ولا شيء عليه [د٢٢٣ظ])** هذا عنده، وعندهما: أخذه المالك وأعطى ما زاد الملح فيه إن كان [ب١٠٧ظ] التخليل بالملح وإن كان بالخل فكذا عند أبي يوسف، وعند محمد إن كان خلاً من ساعته يصير ملكاً للغاصب [هـ٥٦٩] ولا شيء عليه وإن كان خلاً بعد زمان فهو بينهما على قدر كليهما، " قال أبو الليث: وبه نأخذ" ذكره في "الخانية"[٥] .**(ولو دبغ به الجلد)** أي بشيء له القيمة كالقرظ[٦] والعفص[٧] **(أخذه المالك ورد ما زاد الدبغ أو ضمته قيمته)** أي قيمة الجلد ظاهراً **(وللغاصب حبسه)** متى يأخذ حقه، ولو تلفه لا يضمن). يعني إذا اختار المالك أخذه ودفع ما زاد الدبغ **(حتى يأخذ حقه)** كحق حبس المبيع وللبائع لحل الثمن فإن هلك[٨] في يده سقط عن المالك قيمة الزيادة وكذا في "الحقائق" .**(ولو أتلفه لا يضمن)** قيمة الجلد للمالك عنده وقالا: يضمن الجلد مدبوغاً [ج٩٨و] ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه لهما: أنه باق على ملك المالك حتى كان، له: أن يأخذه وهو مال متقوم فضمنه مدبوغاً

---

(١) (لأنها) لم ترد في (ب).
(٢) حرف (الواو) مكرر في (ب).
(٣) في (ب،ج): (أتلفها).
(٤) في (ب، ج): (وشيئاً).
(٥) ينظر: الفتاوى الخانية: (٣/ ٢٣٤) وما بعدها.
(٦) القرظ: ورق السلم يدبغ به، وقيل: شجر عظام لها شوك غلاظ كشجر الجوز. ينظر: المغرب (٢/ ١٧٠). والمصباح (٢/ ٤٩٩).
(٧) العفص: الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد أو خرقة أو غير ذلك، ولهذا يسمى الجلد الذي يلبسه رأس القارورة العفاص لأنه كالوعاء. ينظر: العين (١/ ٣٠٧). والمغرب (٢/ ٧٠). والمصباح (٢/ ٤١٨).
(٨) (فإن هلك): مكرر في (ب).

بالاستهلاك ويعطيه ما زاد الدباغ وله أن التقدم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة [ز٢٦٤ظ] لاستعماله حالاً متقوماً فيه ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي [و١٨٦و] ما زاد الدباغ فكان حقاً له والجلد تبعاً لهما في حق التقوم ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا البائع[1] كما إذا هلك من غير صنعة ومن قال والحاصل أنه إذا خلل أو دبغ بما لا قيمة له أخذهما المالك؛ لأن الأصل حقه وليس من الغاصب سوى العمل ولا قيمة له أما إذا خلل أو دبغ بذي قيمة فيصير ملكاً للغاصب ترجيحاً للملك المتقوم على غير المتقوم والفرق[2] لأبي حنيفة بين الخل والجلد ولا يأخذ الخل؛ لأن الجلد باق لكن زال عنه النجاسات[3] والخمر غير باقية بل صارت حقيقة أخرى وإنما لا يضمن الجلد عنده إذا أتلفه؛ لأنه غصب جلداً غير مدبوغ ولا قيمة له ولضمان تبيع التقوم لكن العين إذا كان له باقياً لا يشترط فقد أخطأ [أ١٤٦و] في مواضع من الثلاثة.

الأول: في قوله يصير ملكاً للغاصب [وذلك أن الجلد لا يصير ملكاً للغاصب][4] بالدباغة صرح به في "المحيط"، حيث قال: "أن الغاصب وإن أحدث وصف المالية في الجلد لكن لم يستهلك الجلد من وجه فلم يملك الجلد.

والثاني: في قوله بل صارت حقيقة أخرى فإنه لو كان كذلك[5] لكان الغاصب مالكاً له سواء خللها بماله قيمة أو بما لا قيمة له وليس كذلك فإنه صرح في "الهداية" بأن التخليل تطهر له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على [ب١٠٧و] ملكه والحق أن العين باقية بعد التخلل[6] على ما نص عليه[7] في [د٢٢٣و] باب الوكالة من أهل الكفر في "المبسوط".

والثالث: في قوله لأنه غصب جلداً غير مدبوغ وذلك أن ما ذكره من العلة قائمة بعينها فيما إذا أتلفه بعد ما دبغه بما لا قيمة له مع أن الحكم تخلف عنها فيه لوجود الضمان فيه عنده فالوجه الصحيح ما في "الهداية" وقد ذكرناه فيما سبق.

(وضمن بكسر معزف) المعزف: نوع من الطنابير[8] يتخذه أهل اليمن والمعازف

---

(١) في (ب،ج،و): (التابع)، ولم ترد في (ز).
(٢) في (هـ): (وفرق أبو).
(٣) في (و): (النجات).
(٤) ما بين القوسين لم ترد في (هـ).
(٥) في (ب، ج): (لذلك).
(٦) في (هـ، ز، و): (التخليل).
(٧) (عليه): لم ترد في (د).
(٨) في (هـ): (الدنانير). والطنبور: هو معروف فارسي معرب دخيل، أصله: دنبه بره، أي يشبه آلية، فقيل: طنبور، والطنبور الذي يلعب به. ينظر: لسان العرب (٤/ ٥٠٤). والمصباح (٢/ ٣٦٨).

هي آلات اللهو التي تضرب وواحدها العزف ذكره في المغرب[١] أراد[٢] [ضمان قيمته خشباً منحوتاً، وذكر في المنتقى خشباً ألواحاً كذا في "البدائع"][٣] وقال: لا يضمن أصلاً وأما طبل الغزاة[٤] والدف الذي يباح ضربه [هـ٥٧٠] في العرس فمضمون الاتفاق وإنما لم يقل لمسلم كما قال صاحب "الهداية" لعدم الفرق بين كونه له وبين كونه لكافر، وقال في سير "المحيط"[٥]: وكذلك المزامير[٦] والطنابير ومن كسر شيئاً من ذلك لم يضمن؛ لأن هذه كبيرة في الديان كلها [ج٩٩ظ] لم يقروا عليها .(**وإراقة سكر**[٧] **ونصف**[٨] **وصح بيعها**)[٩] خلافاً كما في الموضعين .(**وفي أم ولد غصب وملكت لا يضمن بخلاف المدبر**)؛ لأن المدبر متقوم لا أم الولد هذا عنده، وقالا: يضمنها لتقومها .(**ومن حل قيد عبد غيره أو رباط دابته أو فتح باب اصطبلها أو فقس طائره فذهب**) خلافاً لمحمد له أن الطائر مجبول على النقار، ولهما: أنه متوسط فعل المختار .(**أو سعى إلى السلطان من يؤذيه ولا يدفع بلا رفع أو من يفسق**) عطف على من يؤذيه. [و١٨٧ظ] (**ولا يمتنع أو قال مع السلطان قد يغرم وقد لا أنه وجد مالاً فغرمه شيئاً لا يضمن ولو غرم البتة ضمن وكذا الوسطى بغير حق عند محمد زجراً له وبه يفتي**) وعندهما لا يضمن الساعي؛ لأنه توسط فعل فاعل[١٠] مختار.

---

(١) ينظر: المغرب (٢/ ٦٠).
(٢) في (ب، ج): (أدار).
(٣) ما بين القوسين، لم ترد في (ب، ج).
(٤) في (أ): (الفرارة).
(٥) في (ب): (في المبسوط).
(٦) المزمار: بكسر الميم، آلة الزمر، وهي التي يزمر بها، ومزامير داود عليه السلام ما كان يتغنى به من الزنبور وضروب الدعاء. ينظر: لسان العرب (٤/ ٣٢٧). والمصباح (١/ ٢٥٥).
(٧) سكراً: اسم بني من ماء الرطب إذا غلا واشتد.
(٨) المنصف: هو ما ذهب نصفه بالطبخ وغلا واشتد. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٤٦٩).
(٩) عند الإمام: لأنها أحوال لصلاحيتها لما يحل به الانتفاع وإن صحت بما لا يحل فصار كإقامة المغنية والحماة والطيارة. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٤٦٩).
(١٠) (فاعل): لم ترد في (هـ).

كتاب الشفعة

(هي) في الشرع .(**تملك مبيع عقاراً**) قيد به وهو كل ما له أصل وقرار من ضيعة[1] ودار؛ لأن الشفعة أصالة إنما تثبت فيه وما في معناه كالعلوق ذكره في التحفة .(**جبراً**) يعني لا يعتبر اختياره لا أنه يعتبر عدم اختياره لم يقل على مشتريه؛ لأنه قد يكون على بائعه كما إذا أقر البائع بالبيع وأنكر المشتري. قال في "الفتاوى الصغرى" من الشفعة: تعتمد زوال الملك عن البائع لا على ثبوته للمشتري ولهذا يثبت إذا باع بشرط الخيار للمشتري .(**بمثل ثمنه**) أي بما يماثله في المالية وإن كان مغايراً له في الصورة فيعم القيمة [ب١٠٨ظ] قال[2] في "المحيط": "وإذا وجبت الشفعة فإن كان الثمن من ذوات الأمثال وجبت [د٢٢٤ظ] بمثله وإن لم يكن منها كالعبد والثوب [ز٦٣] وجبت بقيمته[3]". وقال زفر والشافعي ومالك[4]: يأخذ بقيمته[5] (**وتجب**) أي تثبت .(**بعد البيع**) لم يقل بالبيع؛ لأنه شرط وهو السبب هو الاتصال .(**وتستقر بالإشهاد**) أراد بالإشهاد طلب المواثبة، وإنما قال تستقر به، لأن حق الشفعة قبل هذا متزلزل بحيث لو أقر تبطل، وإذا لم تبطل استقر أي لا تبطل بعد ذلك .(**ويملك بالتراضي أو بقضاء القاضي**) قال في "التحفة": "إن حق الشفعة يجب عند البيع ويتأكد بالطلب[6] ويثبت الملك[7] بقضاء القاضي أو بالتراضي من الخصمين .(**بقدر رؤوس الشفعاء ولا الملك**) خلافاً للشافعي[8] (**للخليط في نفس المبيع ثم للشريك في حقه**) من قال: ثم له في حق البيع أضمر فيما خصه الإظهار وأظهر فيما يكفي فيه الإظهار .(**كالشرب [أ١٤٨ظ] والطريق خاصين كشرب نهر لا يجري فيه السفن وطريق لا ينفذ ثم لجار ملاصق لأنه في سكة أخرى كواضع جذع على حائط**) إنما ذكره ليعلم أنه جار لا خليط، وعند

---

(١) في (ب، ج): (صنعة).
(٢) في (ب): (وقال).
(٣) في (ب): (القيمة). وفي (ز): (ووجبت).
(٤) ينظر: المهذب (١/ ٣٧٩). والإقناع للشيرواني (٢/ ٣٣٧).
(٥) في (ب، ج): (القيمة).
(٦) في (ب): (الطلب). وفي (هـ): (يطلب).
(٧) (الملك): لم ترد في (ب، ج).
(٨) ينظر: المهذب (١/ ٣٨١). والوسيط (٤/ ١٧٢).

الشافعي[١]: لا تثبت الشفعة إلا للأول ذكره في[٢] [ج٩٩و] "التحفة" و"الأسرار" و"الإيضاح".

[باب طلب الشفعة والخصومة فيها]

[هـ٣٦٢] (ويبطلها الشفيع في مجلس أخبر فيه بالبيع) قال مشايخنا: والصحيح أن يقول القاضي للشفيع متى أخبرت بالشراء، ولا يقول متى علمت به، ثم أن اعتبار المجلس على اختيار الكرخي، وفي الأصل عند محمد إشارة إلى ذلك، وعند عامة علمائنا على الفور كذا في "الخلاصة".

(بلفظ يفهم طلبها، كطلبت الشفعة ونحوه) مثل أنا طالب لشفعة أو أطلبها **(وهو طلب مواثبة)** أخذها من قوله ﷺ: «الشفعة لمن واثبها»[٣] أي طلبها على سبيل المبادرة والمسارعة **(ثم يشهد)** هذا إذا لم يكن طلب المواثبة عند أحد المتعاقدين، ولا عند الدار وأما إذا[٤] كان عند أحدهما أو عند الدار وأشهد على ذلك، فذلك يكفيه، ويقوم مقام الطلبين **(عند العقار أو على من له الملك أو اليد)** قال في "التحفة": إن[٥] كان [و١٨٧و] المبيع لم يقبض بعد فالشفيع بالخيار بين مطالبة البائع والمشتري [ز٢٦٣و] والطلب عند المبيع أو الإشهاد عليه؛ لأن المشتري مالك والبائع صاحب يد فيصح[٦] من الشفيع المخاصمة معهما لينتقل الملك، واليد فأما المبيع يتعلق الشفعة به فيقوم الطلب عنده مقام الطلب منهما باعتبار الحاجة [ب١٠٨و] **(من مشتر أو بائع فيقول: اشترى فلان هذه الدار وأنا شفيعها، وقد كنت طلبت الشفعة، وأطلبها الآن فاشهدوا عليه، وهو طلب طلب الإشهاد)** [د٢٢٤و] هذا الطالب إنما[٧] يجب عند التمكن من الإشهاد عند الدار، وعند طلب صاحب الملك أو صاحب اليد حتى لو تمكن ولم يشهد بطلت شفعته[٨] وإذا كان في مصر آخر له لأجل بمقدار المسافة التي بينه وبين المصر الذي وقع فيه البيع من المتعاقدين حتى يذهب إليه بنفسه أو يبعث وكيلاً لطلب الشفعة والإشهاد عليه[٩] وذلك لأجل من

---

(١) ينظر: المهذب (١/ ٣٧٧). والإقناع (٢/ ٣٣٦).

(٢) (في): مكررة في (ج).

(٣) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٧٦): غريب. وخلاصة البدر المنير (٢/ ١٠٢) رقم (١٦٣٥). وتلخيص الحبير (٣/ ٥٧). ذكره ابن القاسم في دلائله. والدراية (٢/ ٢٠٣) رقم (٨٩٣). وقال عبد الرزاق في مصنفه (٨/ ٨٣) رقم (١٤٤٠٦): هو قول معمر.

(٤) (اذا): لم ترد في (ب).

(٥) في (ب، ج): (إذا).

(٦) في (د): (فتصح).

(٧) في (ب، ز): (انمار).

(٨) في (هـ): (الشفعة).

(٩) (عليه): لم ترد في (ب).

وقت العلم بالبيع وطلب المواثبة فإذا مضى الأجل، ولم يذهب بنفسه ولايبعث وكيلاً بمطالبة الشفعة تبطل شفعتة كذا في "التحفة"، وفي "الذخيرة" إن لم يجد وكيلاً يرسل رسولاً أو كتاباً، فإن لم يجد فهو على شفعته **(ثم يطلب عند قاضٍ فيقول: اشترى فلان داراً كذا، وأنا شفيعها بدار كذا لي)** هذا إذا لم يكن الشفيع شريكاً في نفس المبيع[١]، وإن كان شريكاً[٢] فيه فصورة طلبه غير هذه **(فمره يسلم اليّ)** هذا إذا قبض المشتري المبيع، وطلب الخصومة لايتوقف عليه **(وهو طلب تمليك، وخصومة وبتأخيره لا يبطل الشفعة[٣]، وقال[٤] محمد)** وزفر معه ذكره في "الهداية" و"المحيط" **(إذا أخره شهراً)** يعني من غير عذر **(بطلت وبه يفتى)** ذكره قاضي خان في "الجامع الصغير" وصاحب "المحيط" ونقل صاحب "النهاية" عن شيخ الإسلام، وفي "الهداية"[٥] الفتوى على قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب.

(وإذا طلب سأل القاضي الخصم) أي عن ملكية الشفيع الدار المشفوع بها. **(عنها فإن أقر به أو برهن الشفيع أو نكل الخصم عن الحلف على العلم بأنه مالك كذا سأله عن الشراء فإن أقر به أو نكل عن الحلف على الحاصل أو السبب [هـ٣٦٣])** [و٢٦٦ظ] قد مر في كتاب "الدعوى": أن في دعوى شفعة الجوار يحلف على السبب. **(أو برهن الشفيع قضى له بها)** هذا إذا لم ينكر المشتري طلب الشفيع الشفعة وإذا أنكر فالقول قوله مع يمينه. **(وإن لم يحضر الثمن وقت الدعوى وإذا قضى لزمه إحضاره وللمشتري حبس الدار لقبض ثمنه فلو قيل للشفيع أو الثمن فاخر لا يبطل والخصم)** أي خصم الشفيع. **(البائع والمشتري إن لم يسلم)** أحدهما بيده [ب١٠٩ظ] والآخر بملكه صرح بذلك في "المحيط" و"التحفة" و"الهداية". **(فلا يسمع البينة عليه)** أي على البائع. **(حتى يحضر المشتري فيقضي بالشفعة ويفسخ بحضوره)** وإن سلم إلى المشتري لا يشترط حضور البائع لزوال الملك واليد عنه. [هـ١٨٨ظ] **(والعهدة على البائع)** [د٢٢٥ظ] حتى يجب تسليم الدار عليه وعند الاستحقاق يرجع بالثمن عليه[٦] **(وللشفيع خيار الرؤية والعيب وإن شرط المشتري البراءة عنه وإن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن صدق**

---

(١) في (ب، ج): (البيع).

(٢) (شريكاً): لم ترد في (ب).

(٣) (الشفعة): لم ترد في (هـ).

(٤) في (ب، ج): (قال).

(٥) ينظر: الهداية (٤/ ٣٠٩).

(٦) أي على البائع قبل تسليم المبيع إلى المشتري والعهدة على المشتري لو كان ذلك بعده؛ لأن البائع يصير أجنبياً، كما في أكثر المعتبرات. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٤٧٦).

المشتري) أي مع يمينه؛ لأن الشفيع يدعي استحقاق الدار عند نقد الأقل والمشتري ينكره .**(ولو برهنا فالشفيع أحق)** لما مر ولا مكان صدق البينتين بجيران العقد مرتين فيأخذ الشفيع بالأقل هذا عندهما، وعند أبي يوسف: بينة المشتري أحق؛ لأنه أكثر إثباتاً .**(وإن ادعى المشتري ثمناً وبائعه أقل منه بلا قبضه)** أي بلا قبض الثمن .**(فالقول له مع قبضه للمشتري وأخذ في حط الكل بالكل)** مسألة حط البعض قد مر في باب المرابحة .**(وفي الشراء بثمن مثلي حقيقة وحكماً)** وذلك؛ لأن من المثلى التحق بغير المثلى كالخمر في حق المسلم .**(بمثله وفي غيره بالقيمة ففي عقار بعقار أخذ كل بقيمة الآخر وفي ثمن مؤجل بحال أو طلب في الحال وأخذ بعد الأجل)** قال زفر والشافعي في قوله القديم له: أن يأخذه في الحال بالثمن المؤجل **(ولو سكت عنه بطلت)** أي إن سكت عن الطلب وصبر حتى يطلب عند حلول الأجل بطلت الشفعة .**(وفي شراء ذمي من ذمي)** لابد أن يكون البائع أيضاً ذمياً وإلا يفسد البيع فلا يثبت الشفعة [ز٢٦٦و] صرح به في "المبسوط". **(بخمر أو خنزير والشفيع ذمي بمثل الخمر وقيمة الخنزير والشفيع المسلم بقيمة الكل)** قيمة الخنزير هنا تقوم مقام الدار [ج١٠٠و] لا مقام الخنزير فلذلك لا يحرم تمليكها[1] **(وفي بناء المشتري وغرسه بالثمن وقيمتها مقلوعين)** أي مستحق القلع كما في الغصب .**(أو كلف المشتري قلعها)** وعن أبي يوسف: أنه لا يكلفه بالقلع ولكنه بالخيار إن شاء أخذا بالثمن وقيمة البناء والغرس وإن شاء ترك وبه قال الشافعي ومالك[2]؛ لأنه ليس بمعتد في البناء والغرس لثبوت ملكه في الشراء فلا يعامل بأحكام العدوان. وجه ظاهر الرواية: أنه بنى أو غرس في محل تعلق به حق المتأكد للغير التسليط من جهته من له الحق فينتقص. [ب١٠٩و] **(ورجع الشفيع بالثمن فقط إن بنى أو غرس)** يعني بعد[3] أخذه الشفعة .**(ثم استحقت)** [هـ٣٦٤] إنما لا يرجع بقيمة البناء والغرس على أحد؛ لأنه أخذ جبراً ["لأنه لا يتمشى"[4] فيما أخذ بالتراخي؛ لأنه ليس بمغرور والمشتري إنما يرجع على البائع؛ لأنه مغرور من [د٢٢٥و] جهته][5] **(وبكل[6] الثمن إن خربت أو جف**

---

(١) في (و): (تحريكها).

(٢) ينظر: مختصر اختلاف العلماء (٤/ ٢٢٧). والمدونة (٥/ ٤٣٤).

(٣) في (ب): (لقد).

(٤) في (د، و): (إلا إنه لا يتمشى). وفي (ب، ج): (لا) لم ترد فيهما.

(٥) ما بين القوسين، لم يرد في (هـ).

(٦) في (ب، ج): (وكل).

الشجر) أي اشترى داراً فخربت من غير صنع أحد أو بستاناً فجف الشجر فالشفيع إن أراد أن يأخذ بالشفعة يأخذ بجميع الثمن .**(وأخذ العرصة لا النقص بحصتها إن هدم المشتري البناء)** إن المال يأخذ بالحصة؛ لأن المشتري قصد الإتلاف وفي الأول تلف[١] بأنه سماوية ولا يأخذ النقض؛ لأنه لم يبق تبعاً .**(وفي شراء أرض مع ثمر نخيل فيها أو لا ثمر عليها فأثمر معه وأخذها بثمرها في التعليق بحصتها)** أي يأخذ الشفيع الأرض بحصتها .**(من الثمن إن جذبه المشتري في الأول وبالكل في الثاني)** [و١٨٨و] لأن الثمر لم يكن موجوداً وقت العقد فلا يقابله شيء من الثمن.

باب ما هي فيه أولاً وما يبطلها

أي باب ما يكون فيه الشفعة أو لا يكون وما يبطل الشفعة .**(إنما تجب قصداً)** إنما قال قصداً؛ لأنها تجب تبعاً في غير العقار كالتمر والشجر .**(في عقار ملك بعوض هو مال)** فائدة هذين القيدين يظهر مما ذكر بعيد هذا .**(وإن لم يقسم)** خلافاً للشافعي[٢]، لأن الشفعة لدفع مؤنة القسمة عنده[٣] وعندنا[٤]: لدفع [أ١٤٩ظ] ضرر الجوار .**(كرحى وحمام وبئر لا في عرض وفلك وبناء ونخل بيعاً قصداً)** [إنما قال قصداً: لأنهما إذا بيعا تبعاً للأرض تجب فيهما][٥] الشفعة .**(وإرث وصدقة وهبة إلا بعوض ودار قسمت)** لأن في القسمة معنى الإفراز[٦] **(أو جعلت أجرة أو بدل خلع أو عتق أو صلح أو دم عمداً ومهر)** لأنها ليست بأموال ولا مثل لها حتى يأخذه الشفيع به فلا يمكن مراعاة الشرط، وعند الشافعي[٧]: تجب فيها الشفعة؛ لأن هذه الأعواض متقدمة [ج١٠١ظ] عنده فيؤخذ بقيمتها عند تعذر الأخذ بمثلها، ولنا: أن تقوم المنافع ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق .**(وإن قوبل ببعضها مال)** كما إذا تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفاً وقالا تجب الشفعة في حصة الألف إذ فيها مبادلة مالية وله أن معنى البيع تابع فيه ولهذا ينعقد بلفظ النكاح [ب١١٠ظ] ولا يفسد بشرط النكاح ولا شفعة في الأصل فكذا في التبع .**(أو بيعت[٨] بخيار للبائع وما سقط خياره)** إنما قال هذا؛

---

(١) في (هـ): (أتلف).

(٢) ينظر: المهذب (١/ ٣٧٧). والأم (٧/ ١١٠). التنبيه (١/ ١١٧).

(٣) (عنده): لم ترد في (ب، ج).

(٤) في (هـ، و): (وعندهما).

(٥) ما بين القوسين، لم يرد في (ب، ج).

(٦) في (ب، ج، هـ، و): (الإقرار).

(٧) ينظر: الوسيط (٤/ ٧٤).

(٨) في (ب، ج): (وبيعت). وفي (هـ): (أو ما بيعت).

لأنه إذا أسقط الخيار تثبت الشفعة وقس [د٢٢٦ظ] على هذه قوله .**(أو بيعاً فاسداً وما سقط فسخه)** أسباب سقوطه كثيرة منها بناء المشتري فيها .**(أو ردت بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء)** متعلق بالأخير فقط .**(بعد ما سلمت)** أي بيع وسلمت الشفعة ثم رد البيع بخيار رؤية أو شرط كيف ما كان أو بعيب بقضاء القاضي فلا شفعة لأنه فسخ لا بيع .**(وتجب برد**[١] **بلا قضاء)** يعني إذا أراد بخيار العيب بلا قضاء تجب الشفعة .**(وبإقالة)** لأن الإقالة بيع في حق الثالث والشفيع ثالثهما. **(وللعبد المأذون)** أحاد الدين برقبته وكسبه غير شرط وقد نبهت على هذا فيما سبق. **(مديوناً في مبيع سيده ولسيده في مبيعه)** بناء على أن ما في يده ليس ملك المولى إذا كان مديوناً.

(ولمن شرى أو اشترى له) أي تجب الشفعة للمشتري سواء اشترى أصالة أو وكالة **(ولمن اشترى له)** أي للموكل بالشراء وفائدته أنه لو كان للمشتري أو الموكل بالشراء شريكاً وللدار جار فلا شفعة للجار مع وجوده **(لا لمن باع)** سواء كان أصيلا أو وكيلاً **(أو بيع له)** أي وكل بالبيع ومدار الفرق على[٢] أن الشفعة تبطل بإظهار الرغبة عن الدار إلا بإظهار لا لرغبة فيها ثم أن البائع لغيرها في حكم[٣] العقد كالبائع لنفسه فلذلك لا يفارق الوكيل الأصلي **(أو ضمن الدرك)**[٤] لأن استخلاص عليه **(ولا فيما بيع إلا قدراً)** ذراعاً كان أو دونه **(ذراعاً من طول حد الشفيع)** أي يكون طول ذلك القدر تمام ما يلاحق الحديث هذه حيلة الإسقاط شفعة الجوار **(أو شرى سهماً منهما بثمن ثم باقيها إلا في السهم الأول)** هذه الحيلة [و١٨٩ظ] أخرى لإسقاط شفعة الجوار، وهي أن يشتري شيئاً قليلاً منها كسهم من ألف لهم مثلاً بألف درهم ثم يشتري الباقي بدرهم فالشفيع لا يقدر[٥] على أخذ الشفعة إلا في السهم الأول بثمنه ولا يرغب فيه لكثرة الثمن [ج١٠١و] وإنما لا يقدر على أخذ الباقي[٦]؛ لأن المشتري صار شريكاً في الباقي هو أحق من الجار[٧] **(أو شرى بثمن ثم دفع عنه ثوباً إلا بالثمن)** هذه حيلة[٨] أخرى تعم الجوار وغيره وهي ما إذا [ب١١٠و] اريد بيع الدار بمئة ومشتري الدار بألف ثم

---

(١) (رد): مكرر في (هـ).

(٢) (على): لم ترد في (ب، ج).

(٣) (حكم): لم ترد في (هـ).

(٤) ضمان الدرك: ما يأخذه المشتري من البائع رهناً بالثمن خوفاً من استحقاق المبيع.

(٥) (لا يقدر): لم ترد في (و).

(٦) (الباقي): لم ترد في (أ).

(٧) (الجار): لم ترد في (ب، ج).

(٨) (حيلة): لم ترد في (هـ).

يدفع ثوباً يساوي مائة في مقابلة الألف فليس للشفيع أخذها إلا[١] بالألف[٢] ولا يرغب فيه **(ولا يكره حيلة إسقاط الشفعة والزكاة عند أبي يوسف خلافاً لمحمد)** هذا الاختلاف قبل الوجوب، وأما بعده، فمكره وبلا خلاف ذكره شيخ الإسلام. **(ويفتي فيه الأول بقوله الأول وفي الثاني بقول الثالث)**[٣] [د٢٢٦و].

فصل ما يبطل الشفعة

(وتبطل بترك طلب المواثبة) تركه بأن لا يطلب في مجلس أخبر فيه بالبيع **(أو الإشهاد)** أراد الإشهاد عند العقار[٤] أو عند من له البدل لا الشهادة عند طلب المواثبة؛ لأنه غير لازم **(وتسليمها بعد البيع فقط)** أي [هـ٣٦٦] لا تبطل بالتسلم قبل البيع **(ولو من الأب أو الوصي)** هذا عندهما خلافاً لمحمد وزفر؛ لأن هذا إبطال الحق الصبي فلا يصح، ولهما: أن الأخذ بالشفعة تجارة فترك الأخذ بها ترك التجارة فيملك **(أو الوكيل)** الوكيل[٥] تسليمه الشفعة صحيح بالاتفاق وكذا سكوته إعراض بلا خلاف، وأما الوكيل بطلب الشفعة فيصح تسليمه عنده إذا كان في مجلس القاضي، وعند أبي يوسف يصح مطلقاً، وعند محمد وزفر لا يصح تسليمه[٦] أصلاً لأنه أي بضد ما به أمره.

ولهما: أنه توكيل بالشراء؛ لأن الأخذ بها شراء والوكيل بالشراء له أن لا[٧] يشتري غير أن أبا يوسف يقول: هو وكيل مطلقاً فينقذ بتصرفه مطلقاً، وأبا[٨] حنيفة يقول: أنه وكيل بالخصومة ولا يعتبر الخصومة إلا في مجلس **(وصلحه منها على عوض ورده عوضه)** أي إذا صالح منها على عوض بطلب الشفعة ورد الفوض؛ لأن الحق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح

---

(١) (إلا): لم ترد في (هـ، و). (٢) (بالألف): لم ترد في (ب).

(٣) وأما الحيلة لعدم ثبوتها، ابتداءً فعند أبي يوسف لا تكره؛ لأنه يحتال لدفع الضرر عن نفسه؛ لأن في تملك الدار عليه بلا رضاه ضرراً عليه، والحيلة لدفع الضرر عن نفسه جائز، وإن تضرر الغير في ضمنه وعند محمد تكره؛ لأن الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر، وفي إباحة الحيلة ابقاء الضرر، وبالأول يفتى ههنا، وبالثاني في الزكاة. ينظر: الدرر (٢/ ٢١٥).
وقال صدر الشريعة: الشفعة إنما شرعت لدفع ضرر الجوار، فالمشتري إن كان ممن يتضرر به الجيران لا يحل اسقاطها، وإن كان رجلاً صالحاً ينتفع به الجيران، والشفيع متعنت لا يجب جوار، فحينئذٍ يحتال في اسقاطها. ينظر: الوقاية ص٧٩٧.

(٤) في (ب، ج): (عند العقد). (٥) (الوكيل): لم ترد في (ب،ج).

(٦) في (هـ): (لا تسليمه)، وفي (و): (وتسليمة لأنه).

(٧) (لا): لم ترد في (هـ). (٨) في (ب،ج): (وأبو).

الاعتبار من عنه ولا يتعلق إسقاط بالجائز من الشرط فبالفاسد[١] أولى فيبطل الشرط ويصح الإسقاط ويرد العوض إن كان مأخوذاً وإلا فلا يجب تسليمه [و١٨٩و] **(وموت الشفيع لا المشتري)** إذا مات الشفيع تبطل الشفعة ولا يورث عنه [ب١١١ظ] لأنها ليست بمال خلافاً للشافعي[٢] وهذا إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة أما إذا مات بعد قضاء القاضي قبل نفذ الثمن [ج١٠٢ظ] وقبضه فالبيع لازم الورثة **(وبيع ما يشفع به قيل القضاء بها)** لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال [د٢٢٧ظ] **(وإن سمع شراءك فسلم فظهر شراء غيرك أو بيعه بألف مسلم فكان بأقل أو بكيلي أو وزني أو عددي متقارب قيمته ألف أو أكثر فهي له)** أي الشفعة ثابتة له [ز٢٦٨و] في هذه الصور[٣]؛ لأن هذه الأشياء من ذوات الأمثال وربما يكون الأخذ بها أيسر له وإن كان قيمتها أكثر فيكون له حق الشفعة **(وبعرض كذلك لا)** أي إذا ظاهر أن البيع كان بعرض قيمته ألف أو أكثر فإنه حينئذ لا يبقى له الشفعة؛ لأن الشفيع يأخذ[٤] بها حينئذ القيمة فإن كانت قيمة الفاقد سلم البيع به وإن كانت[٥] أكثر فتسليمه بالألف تسليم بالاكثر بالطريق الأولى **(وشفع حصة[٦] أحد المشترين لا أحد الباعة)** أي إذا اشترى جماعة من واحد فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم وإن باع جماعة من واحد فلا يأخذ حصته أحد البائعين لا؛ يتحقق في الأول دفع ضرر الجار لا في الثاني؛ لأنه تعليل بعد الحكم[٧] والتعليل بعدم العلة غير مقبول فكيف إذا كان بعدم الحكمة بل[٨] لأن هنا يتفرق الصفة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر لأن الشركة عيب في الأعيان المجتمعة وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا يتفرق الصفقة **(والنصف مفرزاً[٩] بيع مشاعاً من دار فقسما)**[١٠] [هـ٣٦٧ظ] أي إذا اشترى نصفاً مشاعاً من دار فقسم البائع والمشتري فالشفيع يأخذ النصف معزراً؛ لأن القسمة من تمام القبض فإن الانتفاع[١١]في الشائع لا يتم إلا بالقسمة، والله أعلم[١٢].

---

(١) في (و): (فالفاسد).
(٢) ينظر: التنبيه (١٠/ ٨١). تحفة المحتاج (٦/ ٨١).
(٣) في (و): (الصورة).
(٤) في (ب،ج): (يأخذ).
(٥) في (هـ): (كان).
(٦) في (و): (حصنه).
(٧) في (ب،ج): (بعدم الحكمة).
(٨) (بل): لم ترد في (و).
(٩) في (هـ): (معزراً).
(١٠) في (ج): (قسماً).
(١١) في (و): (الاشعاع).
(١٢) (والله أعلم): الزيادة من (و).

كتاب القسمة

(هي) في الشرع (**جمع نصيب شائع في معين**) لا تعيينه لحصوله قبل القسمة [أ١٥٠ظ] (**وغلب فيها الإفراز في المثلي**) أراد به ما يعم الذي في حكمه وهو العددي المتقارب فإن معنى الإفراز غالب فيه أيضاً ذكره في "الكافي" (**والمبادلة في غيره فأخذ كل شريك حصته بغيبة صاحبه في الأول لا الثاني وإن أجبر عليها في متحد الجنس فقط عند طلب أحدهم**) [ب١١١هـ] أي المبادلة غالبة في غير المثلي والجبر على القسمة فيما إذا كان متحد الجنس لا ينافيه ؛ لأنه باعتبار ما فيه من معنى الإفراز على أن المبادلة مما يجري فيه الجبر في الحملة كما في قضاء الدين (**وينصب قاسم ويرزق من بيت المال يقسم بلا أجر وهو واجب وإن نصب بأجر صح وهو على عدد الرؤوس**) وقالا : الأجر على قدر الانصباء، لأنه مؤنة [ج١٠٢و] الملك وله[1] : أن الأجر مقابل بالتميز هو قد يصعب في القليل وقد ينعكس فتعذر اعتباره فاعتبر أصل التمييز [ز٢٦٧ظ] (**ويجب كونه عدلاً عالماً**[2] **بها ولا يعين واحد لها**) لأن الأمر [و١٩٠ظ] ويضيف على الناس ويصير الأجر غالباً[3] [(**ولا يشترك القسام**) أي لا يترك القسام يشتركون كيلا يصير الأجر [د٢٢٧و] غالباً][4] (**وصحت برضاء والشركاء ولا يلزم عند صغر أحدهم أو**[5] **جنونه**) فإنه في لزومه حينئذ لابد من أمر القاضي (**وقسم نقلي يدعون شراءه**[6] **أو ملكه مطلقاً أو إرثه بينهم وعقار تدعون شراءه أو ملكه مطلقاً فإن ادعوا ارثه عن زيد لا حتى يبرهنوا على موته وعد ورثته**) عنده، وقالا : يقسم كما في الصور الأخر.

لـه : أن ملك المورث[7] باق بعد موته فالقسمة قضاء على الميت فلا بد من البينة بخلاف ما ملكه بالشراء؛ لأن الملك بعد الشراء غير باق للبائع وبخلاف غير العقار إذا ادعوا إرثه ؛لأن القسمة تفيد زيادة الحفظ والعقار محصن بنفسه فلا

---

(١) في (ز) : (له).

(٢) في (و) : (عالم).

(٣) في (ز) : (غالياً).

(٤) ما بين القوسين لم ترد في (ز).

(٥) (أو) : لم ترد في (هـ).

(٦) في (ب، ج) : (شراء).

(٧) في (ب) : (الورث).

احتياج إلى القسمة .(**ولا إن برهنا أنه**) أي العقار (**معهما حتى يرهنا أنه لهما**) لأنهما إذا برهنا أنه معهما كان القسمة قسمة الحفظ والعقار غير محتاج لها فلا بد من إقامة البينة على الملك قيل هذا قول أبي حنيفة.

والأصح: أنه قول الكل[١] (**ولو برهنا على الموت وعدد الورثة وهو معهم ومنهم طفل أو غائب قسم ونصب من يقبض له**) أي لواحد من المذكورين عبارة "الهداية" والدار في أيديهم وضمير الجمع[٢] عائد إلى المدعيين بناء على أن أقل الجمع اثنان يفصح عن هذا قوله ومعهم وارث غائب (**وأب برهن واحد**) أي إن حضر واحد وأقام البينة لا يقسم إذ لابد من اثنين؛ لأن الواحد لا يصلح[٣] مقاسماً ومقاسماً ومخاصماً ومخاصماً (**أو شرى أو غاب أحدهم أو كان شيء منه**) فهم منه بطريق[٤] الحكم فيما سبق إذا كان الكل معه فلا حاجة إلى ذكره (**مع الوارث الطفل أو الغائب لا**) أي لو كان مقام الإرث الشراء لا يقسم؛ لأن في الإرث ينتصب أحد [هـ١٦٨] الورثة [ب١١٢ظ] خصماً عن الباقين وإن كان صورة الإرث[٥] العقار أو شيء منه في يد الغائب أو الطفل لا يقسم أيضاً لأن القسمة تصير قضاء على الغائب أو الطفل من غير خصم عنهما (**وقسم بطلب أحدهم**) أي أحد الشركاء (**إن انتفع كل بحصته ويطلب**[٦] **وفي الكثير فقط إن لم ينتفع الآخر لقلة حصته**) أي لا يقسم بطلب ذي القليل؛ لأنه متعنت في طلب القسمة إذ لا فائدة له فيها [ز٢٦٧و]، وقال الجصاص[٧]: على العكس؛ لأن صاحب الكثير يطلب ضرر صاحبه وصاحب القليل يرضى بضرره، وقال الحاكم في "مختصره": يقسم بطلب كل واحد والذي اختاره المصنف قول الخصاف [ج١٠٣ظ] وهو الأصح: نص عليه في "المبسوط"[٨] (**ولم يقسم إلا بطلبهم أن**

---

(١) لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه وقسمة الملك تفتقر إلى قيامة ولا ملك فامتنع الجواز، ينظر: الهداية: (٤/ ٣٢٣).
(٢) (الجمع): لم ترد في (ب،ج).
(٣) في (ز): (لا يصح).
(٤) في (ز،و): (بطريق الدلالة الحكم).
(٥) (الإرث): لم ترد في (ب).
(٦) في (و): (يطلب). والصواب (بطلب)
(٧) في (ب، ج): (الجصاص). والصواب (الخصاف).
(٨) ينظر: المبسوط: وفي الدرر الخانية وهو اختيار الشيخ الإمام المعروف بجواهر زاده وعليه الفتوى وفي الذخيرة وعليه الفتوى، ينظر: درر الحكام (٢/ ٤٢٣)، وتبيين الحقائق (٥/ ٢٦٩)، وفي المنهج ينبغي أن يعول على ما جزم به عامة أصحاب المتون والشروح؛ لأنها هي الموضوعة لنقل المذهب فلا يعارضه ما في الفتاوى وإنما يعول عليها إذا لم يعارضها كتب الأصول وهي الموضوعة لنقل المذهب وأما مع معارضتها لها لا يلتفت إليها كما في انفع الوسائل، ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٤٩١).

مقرر كل واحد للقلة) [د٢٢٨ظ] وفي "المبسوط" أنه حينئذ لا يقسم القاضي بينهما **(وقسم عروض اتحد جنسها لا الجنسان والرقيق والجواهر والحمام إلا برضاهم)** وقالا: يقسم الرفيق بشرط أن يكون الكل ذكوراً أو اناثاً ذكره في "الخانية"[١] ويطلب البعض كما يقسم الإبل والغنم [أ١٥٠و] ودقيقها المغنم وله أن التفاوت [و١٩٠و] في الآدمي فاحش فصار كالأجناس المختلفة بخلاف الحيوانات، وفي المغنم حق الغانمين في المالية، وفي "الجواهر" قد[٢] قيل: إذا اختلف الجنس لا يقسم وقيل لا يقسم الكبار منها ويقسم الصغار وقيل يجري الجواب على إطلاقه .**(ودور مشتركة[٣] أو دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل وحدها)** إن كانت الدور قريبة بأن كانت كلها في مصر واحد قسم كل واحد منها عنده، قالا: الرأي في ذلك إلى القاضي ينظر إلى أعدل الوجوه فيضمن القسمة على ذلك صرح بذلك في "المبسوط"[٤] ويوفقه ما في "الهداية" و"الكافي" ومن قال، وقالا يقسم بعضها إلى بعض فقد وهم وإن كانت الدور بعيدة أي في مصرين فقولهما كقوله **(ويصور[٥] القاسم ما يقسم ويعد له ويذرعه[٦] ويقوم بناءه ويفرز كل قسم بطريقه وشربه)** هذا بيان الأفضل فإن لم يفعل جاز ذكره في "الكافي". **(ويلقب الأقسام بالأول والثاني والثالث ويكتب أسماؤهم ويقرع)** هذا استحسان، وفي القياس: لا يستقيم؛ لأنه في معنى القمار ذكره في "المبسوط"[٧] **(والأول لمن خرج سهمه اولاً والثاني لمن خرج ثانياً)** أي الصور الدار المقسومة على قرطاس يمكنه حفظه ويعد لها أي يستويا على إسهام القسمة ويزرعها [ب١١٢و] ويصور الذرعان على ذلك القرطاس بقلم الجدول فيكون كل ذراع في ذراع بشكل لبنة ويقدر البيوت والصفة وغيرهما بتلك الذرعان ويقوم البناء [ز٢٧٠ظ] ويبدأ القسمة من أي طرف كان فإن جعل الجانب الغربي أو لا يجعل ما يليه ثانيا ثم ما

---

(١) ينظر: الفتاوى الخانية (٣/ ١٥٠).

(٢) (قد): مكرر في (ب، ج، د، ز).

(٣) في (ب): (مشترك).

(٤) ينظر: المبسوط: (١٥/ ١٧٢)، وله: أن الاعتبار للمعنى وهو المقصود، ويختلف ذلك باختلاف الدار والمحال والجيران، والقرب إلى المسجد والماء اختلافاً فاحشاً، فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار، ينظر: الهداية (٤/ ٣٢٤) وما بعدها. وتبيين الحقائق: (٥/ ٢٧٠).

(٥) ويصور: أي يكتب على كاغده: أن فلاناً نصيبه كذا وفلان نصيبه كذا رفع إلى القاضي تسع إلى أو تراع بينهم. ينظر: العناية (٩/ ٤٤٠).

(٦) في (و): (ويتزرعه).

(٧) يراجع: المبسوط (١٥/ ١٧٥).

يليه ثالثاً وهكذا ويكتب أصحاب السهم إما[(١)] على القرعة أو غيرها فمن خرج اسمه أولاً يعطى نصيبه من الجانب الغربي جملة من العرصة والبناء إلى أن يتم نصيب ثم[(٢)] من [هـ٣٦٩] خرج اسمه[(٣)] ثانياً يعطى نصيبه متصلاً بالأول وهكذا[(٤)] إلى أن يتم سواء كانت الأنصباء متساوية أو متفاوتة **(ولا يدخل الدراهم في القسمة)** أي في قسمة العقار **(إلا برضاهم)** حتى إذا كان أرض وبناء يقسم بطريق القسمة فيما روي عن أبي يوسف وعن أبي حنيفة أنه يقسم الأرض [ج١٠٣و] بالمساحة فالذي وقع البناء في نصيبه ويرد على الآخر [د٢٢٨و] دارهم حتى يساوي فيدخل الدراهم ضرورة وعن محمد: أنه يرد على شريكه من الفرصة في مقابلة البناء، فإذا بغي فصل ولا يمكن التسوية فحينئذ يرد الفضل دراهم؛ لأن الضرورة في هذا القدر[(٥)].

(فإن وقع مسيل قسم أو طريقة في قسم آخر بلا شرط فيها صرف أن أمكن وإلا فسخت سفل ذو علو وسفل وعلو مجردان قوم كل وحدة وقسم بها) أي بالقيمة **(عند محمد وبه يفتي)**[(٦)] وعند[(٧)] أبي حنيفة[(٨)] يقسم الذراع كل ذراع من السفل في مقابلة ذراعين[(٩)] من العلو وعند أبي يوسف أيضاً يقسم بالذراع لكن العلو والسفل متساويان[(١٠)]، قال[(١١)] في "شرح الطحاوي": الاختلاف[(١٢)] في الساحة والبناء فيقسم اتفاقاً [و١٩١ظ] **(وإن أقر أحد المتقاسمين بالاستيفاء، ثم ادعى أن بعض حصته وقع في يد صاحبه غلطاً لا يصدق إلا بحجة)** من بيته المدعي وإقرار الخصم ونكوله[(١٣)] قالوا؛ لأنه يدعي فسخ القسمة فلا يصدق إلا

---

(١) في (ز): (فاما).

(٢) (ثم): نكرر في (هـ).

(٣) في (هـ): (باسمه).

(٤) (وهكذا): لم ترد في (ز).

(٥) وفي الاختبار قول محمد أحسن وأوفق للأصول، ينظر: الاختبار: (٢/ ٣٣٨).

(٦) قول محمد: أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء أو سرداباً أو اصطبلاً أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل إلا بالغيمة والفتوى اليوم على قول محمد، ينظر: الهداية (٣/ ٣٢٧).

(٧) في (هـ): (عنده).

(٨) (أبي حنيفة) بياض في (هـ).

(٩) في (و): (الذراعين) وفي (ز): (ذراع عين).

(١٠) اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف في كيفية القسمة بالذراع؛ فأن أبا حنيفة أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلوم، وأبو يوسف أجاب بناء على ما شاهد من اختلاف العادة في البلد، وقيل هذا اختلاف حجة، ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ٢٧٢).

(١١) في (هـ): (وقال).

(١٢) في (ب،ج): (لاختلاف).

(١٣) في (هـ): (أو لكونه).

بحجة، وقال صاحب "الهداية": "ينبغي أن لا يقبل دعواه أصلاً لتناقضه[١]"، وفي "المبسوط"[٢] و"الخانية"[٣] [ما يؤيد هذا وما ذكره إنما يرد على ما رواه حيث قال: لا يصدق إلا ببينه، وأما ما ذكر في المتن فيمكن توفيقه لما في "المبسوط"

[[ز٢٧٠و] والخانية][٤] يحمل الحجة على الإقرار، ووجه ما رواه في المتن على تقدير نعيم الحجة للبينة أيضاً كما وقع في "الكافي": هو أنه اعتمد على فعل القاسم في إقراره باستيفاء حقه ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤخذ بذلك الإقرار عند ظهور الحق [أ١٥١ظ] **(وشهادة القاسمين حجة عند الاختلاف)** [ب١١٣ظ] أي إذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما لم يقل في القسمة إذ لا وجه؛ لأنه لا حاجة إلى الشهادة عليها بل نقول[٥] أنه لا يصح مشهوداً بها له؛ لأنه غير لازم ذكره في "الهداية" هذه عندهما، وعند محمد والشافعي[٦] ليست بحجة لأنها شهادة على فعل أنفسها أو قالا: بل شهادة على فعل غيرهما وهو الاستيفاء .**(وإن قال قبضه ثم أخذ بعضه حلف خصمه)** لأنه يدعى عليه الغصب وهو منكر **(وإن قال: قبل إقراره أصابني كذا ولم يسلم إلى تحالف وفسخت)** لأنه اختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار كالاختلاف وفي مقدار البيع **(وإن استحق بعض حصته أحدهما شاع أو لا لم تفسخ يعني جبراً ورجع بقسطه في حصته شريكه أو نقضها)** يعني إن شاء رجع وإن شاء [د٢٢٩ظ] نقض القسمة دفعاً...[٧] **(وتفسخ في بعض مشاع في الكل)** اعلم أنه إذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما [ج١٠٤ظ] لم تنفسخ عند أبي حنيفة ويرجع بحصته ذلك في نصيب صاحبه، وقال أبو يوسف: تفسخ القسمة ولم يذكر [هـ٣٧٠] قول محمد وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف وابو حفص مع أبي حنيفة وهو الأصح ولو استحق بعض شائع في الكل فسخ بالاتفاق ولو استحق بعض معين لا تفسخ بالاتفاق بقى ها هنا احتمال آخر، وهو أن يستحق بعض من نصيب كل واحد فإن كان شائعاً فسخت القسمة؛ لأنه لو بقيت القسمة لتضرر المستحق بتفرق نصيبه في النصيبين بخلاف ما إذا كان الاستحقاق في نصيب

---

(١) ينظر: الهداية (٤/ ٣٢٨).
(٢) ينظر: المبسوط (١٥/ ٦٧).
(٣) ينظر: الفتاوى الخانية (٣/ ١٥٣).
(٤) ما بين القوسين لم ترد في (هـ،و).
(٥) في (ب): (يقول).
(٦) ينظر: النكت (١/ ٦١٠).
(٧) موضع النقط غير واضح بالأصل.

أحدهما كذا في الهداية [ز٢٦٩ظ]، وإن كان معيناً فإما أن يكونا متساويين فالأمر ظاهر، وإن كافي أحدهما زائد فالعبرة لذلك الزائد فيرجع إلى المسألة السابقة وهذا هو السر لعدم إفرادهم هذه الصورة بالذكر **(وصحت المهايآت)** هي مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمنهي للشيء والتهيؤ تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر فيرتضوا وحقيقته أن كلا منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها وهي في الشرع: عبارة عن قسمة المنافع وهي جائزة استحساناً والقياس أن لا يجوز؛ لأنها مبادلة [و١٩١و] المنفعة بجنسها ولكن ترك ذلك الكتاب[١] والسنة[٢] والإجماع[٣] **(في سكون[٤] هذا بعضاً من دار وهذا بعضاً وهذا علوها وهذا سفلها[٥] وخدمة عبد هذا يوماً كسكنى بيت)** بأن يسكن فيه زيد يوماً وعمر يوماً **(صغير وعبدين وهذا هذا العبد والآخر الآخر)**[٦] [ب١١٣و].

(١) وصورة المسألة : إذا أخذ احدهما الثلث المقدم من الدار، والاخر الثلثين من المؤخر، وقيمتهما سواء، ثم استحق نصف المقدم، فعندهما إن شاء نقض القسمة دفعاً لعيب التنقيص، وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر ؛لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فإذا استحق النصف رجع بنص النصف وهو الربع اعتباراً للجزء بالكل، ولو باع صاحب القدم نصفه ثم استحق النصف الباقي شائعاً رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط ضياره ببيع البعض، وعند أبي يوسف رحمه الله ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه، لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده، والمقبوض بالعقد الناس مملوك فنفذ البيع فيه، وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه، ينظر: الهداية : (٤/ ٣٢٩)، قوله تعالى : (لها شرب ولكم شرب يوم معلوم.)

(٢) ما روي إنه عليه الصلاة والسلام (قسم في غزوة بدر كل بعير بين ثلاثة نفر وماتوا يتهيأن في الركوب).

(٣) وعلى جوازها اجماع الأمة، ولأن المهايأة قسمة المنافع يصار إليها لتكميل استيفاء المنفعة لتعذر الاجتماع على عين واحدة في الانتفاع بها فكانت المهياة جمعاً للمنافع في زمان واحد كالقسمة جمع النصيب الشائع في مكان معين فجرت المهايأة في المنافع مجرى القسمة في الاعيان، ولو لم تجز المهايأة إلى تعطيل الأعيان التي لا يمكن قسمتها وانه قبيح، الأعيان خلقت للانتفاع بها، ينظر: تبيين الحقائق: (٥/ ٢٧٥).

(٤) في (هـ): (السكنى).

(٥) في (ج): (سلفها).

(٦) ما بين القوسين لم ترد في (ب).

كتاب المزارعة

(هي) مفاعلة من الزراعة في اللغة، وفي الشرع (**معاقدة دفع الأرض ببعض الخارج عنها ولا تصح عنده**) لما روي أنه ﷺ: «نهى عن المخابرة»[1]، هي المزارعة على لغة أهل المدينة[2]؛ لأنها في معنى قفيز الطحان، وقال في "الحقائق": كان أبو حنيفة يمضي بفسادها من غير جد[3]، وكان لا ينهى عنها أشد النهي، وقال محمد بن الحسن: لم ير أبو حنيفة المعاملة والمزارعة ولكن فرع عليهما وقال لو جوزتها لكان يجوز و[4] كذا[5] وأنا فيهما فارس ولم تجوز الوقف ولم يفرع وأنا فيه راجل (**وصحت عندهما وبه يفتى**) لتعامل الناس وللاحتياج إليها (**بشرط**

١ ـ صلاحية الأرض [د٢٢٩و] للزرع.

٢ ـ وأهلية المتعاقدين.

٣ ـ وذكر المدة.

٤ ـ ورب البذور.

٥ ـ وجنسه.

٦ ـ وقسط الآخر.

٧ ـ والتخلية بين الأرض والعامل.

٨ ـ والشركة في الخارج.

فيبطل أن شرط لأحدهما قفزان مسماة أو ما يخرج من موضع أو رفع رب البذر [أ١٥١و] بذرة أو رفع الخراج [ز٢٦٩و] وتنصيف الباقي) أراد الخراج الموظف أما إذا [ج١٠٤و] كان خراج مقاسمة كالربع والخمس فلا يفسد شرط

---

(١) من حديث جابر بن عبد الله " صحيح البخاري" (٢/ ٨٣٩) رقم (٢٢٥٢) "وصحيح مسلم" (٣/ ١١٧٤) رقم (١٥٣٦) " نصب الراية" الحديث الثاني (٤/ ١٨٠) وغيرهما.

(٢) وتسمية أهل العراق (القراح)، ينظر: الاختبار (٣/ ٩٢).

(٣) في (هـ، و): (حد).

(٤) في (و): (في كذا).

(٥) ما بين القوسين لم ترد في (ب).

رفعه كشرط رفع العشر؛ لأنه لا يحتمل أن يؤدي إلى قطع الشركة **(أو الحب لأحدهما والتبن للآخر أولهما على السواء)** [لقطع الشركة فيما هو المقصود[١] لأنه خلاف مقتضى [هـ٣٧١] العقد **(أو تنصيف الحب والتبن ولغير رب البذر)** لأنه **(وإن شرطه تنصيف الحسب والتبن لصاحب البذر[٢] أو سكت عنه صحت)** لأن في الأول الشرط على موجب العقد فإن التبن نماء في ملكه وفي الثاني الشركة فيما هو المقصود حاصلة وحينئذ التبن لصاحب البذور عند البعض[٣]] مشترك تبعاً للحب (**[وكذا لو كان[٤] الأرض والبذر والبقر والعمل الآخر[٥] والعمل له والبقية لآخر وبطلت لو كان الأرض والبقر لزيد والبقر[٦] له والآخران لآخر[٧] أو البذر له والباقي للآخر)** اعلم إنها بالتقسيم العقلي على سبعة أوجه لأنه إما أن يكون الواحد من أحدهما والثلاثة من آخر وهذا على أربعة أوجه وهو أن يكون الآخر أو العمل أو البذر أو البقر من أحدهما والباقي من الآخر لا لأنهما جائزان والثالث لا لاحتمال [ب١١٤ظ] الربا؛ لأن ما يأخذه رب البذر نماء وملكه فلا مبادلة أصلاً أما في جانبه فظاهر وأما في جانب شريكه فلأن ما يأخذه الأجرة فلا احتمال للربا بل لأن الشرع لم يرد بتتميم الشركة بين البذر والعمل والربع غير مذكور في "الهداية" وهو غير جائز؛ لأنه استيجار البقر بأجر مجهول وإما أن يكون اثنان من أحدهما واثنان من الآخر وهو على ثلاثة أوجه وذلك [و١٩٢ظ] أن يكون الأرض مع البذر أو[٨] مع البقر أو[٩] مع العمل من أحدهما والباقيان من الآخر والأول جائز دون الآخرين إذ لا مناسبة بين الأرض والبقر وعن أبي يوسف جواز[١٠] هذا .**(واذا[١١] صحت فالخارج على الشرط ولا شيء للعامل إن لم يخرج ويجير من أبى عن المضي الأرب والبذر)** لأن[١٢] المضي عليه لا يحل عن ضرر [ز٢٧٢ظ] وهو هلاك البذر **(ومتى فسدت فالخارج لرب البذر وللآخر مثل**

---

(١) هذا قول مشايخ بلخ اعتباراً للعرف فيما لم ينص عليه العاقدان ولأنه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الأصل، ينظر: الهداية (٤/ ٣٣٤)ومجمع الأنهر: (٢/ ٥٠٠)، وفي الدر المنتقى: وفي شرح الوهبانية عن القنية المزارع بالربع لا يستحق من التبن شيئاً وبالثلث يستحق النصف (٢/ ٥٠٠).

(٢) في (أ): (الأرض).

(٣) ما بين القوسين لم ترد في (ب،ج).

(٤) في (ب): (كان)، والصواب (كانت).

(٥) في (و): (الآخر)، والصواب (لآخر).

(٦) ينظر: الهداية (٤/ ٣٣٣).

(٧) في (و): (الآخر)، والصواب (لآخر).

(٨) (أو): لم ترد في (و).

(٩) (أو): لم ترد في (و).

(١٠) في (و): (ويجوز).

(١١) في (هـ): (فإذا).

(١٢) في (أ): (لأنه حينئذ عرض عن ضرر وهو اهلاك البذر).

أرضه أو عمله ولا يزاد على ما شرط) وعند محمد يزاد بألفاً [د٢٣٠ظ] ما بلغ **(ولو أبى رب الأرض والبذر وقد كرب العامل)** يقال كربت الأرض إذا قلبتها للحرث **(فلا شيء له حكماً ويسترضي ديانه وتبطل بموت أحدهما)** خلافاً للشافعي ذكره في "التحفة" **(وتفسخ بدين محوج إلى بيعها)** هذا قبل أن ينبت الزرع ولا يجب له شيء لأنه لا قيمة للمنافع وهما قوماها بالخارج وقد بطل سبب الاستحقاق بالفسخ [ج١٠٥ظ] هذا في الحكم ويجب ديانة إلى أن يسترضي العامل أما إن نبت الزرع ولم يحصد لاتباع الأرض لتعلق حق المزارعة **(وإن مضت المدة ولم يدرك الزرع فعلى العامل أجر مثل نصيبه)** أي أجر مثل ما فيه نصيبه **(من الأرض حتى يدرك ونفقة الزرع)** مثل أجرة السقي وغيره من العمل **(عليهما بالحصص)** أي بقدر حصة كل واحد منهما **(كأجر الحصاد والرفاع[1] والدوس[2] والتندرية[3] فإن شرط على العامل فسدت)** لأنه شرط مخالف لمقتضى العقد، فإن الزرع إذا أدرك ينتهي العقد [هـ٣٧٢] **(وعن أبي يوسف)** أي الشرط **(يصح وعليه الفتوى)** ذكر في "التحفة" **(ولزمه للتعامل قال الإمام السرخسي)** في "المبسوط"[4] **(هذا هو الصحيح في ديارنا)** وفي "الكافي" وهو اختيار مشايخ بلخ للعرف وإن كان القياس يأباه، والأصل: أن كل عمل قبل الإدراك فهو على العامل وما بعده فعليهما بالحصص، والله أعلم[5].

---

(١) الرفاع: أن يحمل الزرع على البيدر.

(٢) الدوس: وطء الزرع الافراح الحبوب في خلافهما.

(٣) التذرية: تميز الحب عن التبن بالريح.

(٤) ينظر: المبسوط (٢٣/ ٣٧).

(٥) (والله أعلم): الزيادة من (ز).

كتاب المساقاة

(هي) عبارة عن المعاملة بلغة[1] أهل[2] المدينة وفي الشرع[3] [ب١١٤و] **(عقد دفع الشجر)** خصه بالذكر بناء على أنه أصل في هذا[4] الباب فإن النص إنما ورد وفيه وغيره ملحق به لحاجة الناس فلا يخالف لما سيأتي من التعميم ولا مجال له هنا بزيادة قوله إذا يأباه قوله **(الى من يصلحه بجزء من ثمرة)**[5] ولو بدل [ز٢٧٢و] الثمر بالخارج لأدى[6] دخول المزارعة في حد المساقاة **(وهي كالمزارعة حكماً وخلافاً)** فإن حكم المساقاة حكم المزارعة في أن الفتوى على صحتها [أ١٥٢ظ] وفي إنها باطلة عنده خلافاً لهما **(وشروطاً)** أراد الشروط التي يمكن وجودها في المساقاة كأهلية العاقدين وبيان نصيب العامل والتخلية بين الاشجار وبين العامل والتركة في الخارج، فأما بيان البذر ونحوه فلا يمكن في المساقاة، وعند الشافعي ومالك المساقاة جائزة والمزارعة إنما تجوز في ضمن المساقاة؛ لأن الأصل هي المضاربة والمساقاة أشبه بها؛ لأن الشركة في الربح [و١٩٢و] فقط، وفي المزارعة لا تجوز [د٢٣٠و] الشركة في مجرد الربح وهو ما زاد على البذر **(الا المدة فإنها تصح بلا ذكرها)** استحساناً[7]؛ لأن أدرك الثمر وقتاً معلوماً عادة والثابت عادة كالثابت شرطاً **(وتقع على أول ثم يخرج وإدراك بزر الرطبة كإدراك الثمر)** الرطبة بالفارسية : سيست تر، يعني إذا دفعها مساقاة لاشترط بيان المدة فيمتد إلى إدراك بذرها؛ لأنه كإدراك الثمر في الشجر قال في "العناية" : هذا إذا كان البذر مما يرغب فيه وحده؛ لأنه يصير في معنى الثمر للشجر، وفي "الكافي" [ج١٠٥و]: لو دفع إليه أصول رطبة ثابتة في الأرض معاملة ولم يسم الوفق فهو فاسد؛ لأن الرطبة ليست لها غاية ينتهي إليها نحوها ولكنها نحوها ما تركت في الأرض بخلاف الثمر واذا تحققت هذا فقد فقت على فساد وما قيل الغالب أن

---

(١) (بلغة): لم ترد في (ز).
(٢) في (ز): (بأهل).
(٣) (وفي الشرع): لم ترد في (ب،ج).
(٤) (هذا) لم يرد في (ب،ج).
(٥) في (و): (الثمن).
(٦) في (هـ): (الأول)، الأم (١١/٤). ومغني المحتاج (٣٢٣/٢). والإقناع (٣٤٦/٢).
(٧) (استحساناً): لم ترد في (ب).

البذر فيها غير مقصود بل تحصد في كل سنة ست مرات أو أكثر وإن أريد البذر تحصد مرة وتترك في المرة الثانية إلى أن يدرك البذر ففيما لا يؤخذ البذر ينبغي أن يقع على السنة الأولى **(وذكر مدة لا تخرج الثمر فيها يفسدها ومدة)** أي ذكر مدة. **(قد[١] يبلغ فيها وقد لا يصح، فلو خرج في وقت مسمى فعلى الشرط وإلا فللعامل أجر المثل ليعمل)** أي أجر مثل العامل [ز٢٧١ظ] المستأجر [ليعمل إلى إدراك الثمر العامل المستأجر][٢] إلى زمان [ب١١٥ظ] ظهور فساد العقد فإن أجر المثل يتفاوت بقلة المدة وكثرتها فافهم هذا فإنه دقيق **(وتصح في الكرم والشجر والرطاب)** المراد هنا[٣] جميع البقول **(وأصول الباذنجان والنخل)** ذكر الشجر مع انفهامه[٤] مما سبق ثم ذكر[٥] النخل مع دخوله في الشجر؛ لأن الشافعي[٦] ينكر صحتها فيما عدا الكرم والنخل له إنها إنما تصح فيهما لحديث خيبر[٧] ففي غيرهما بقي[٨] على القياس وعندنا تصح في جميع ما ذكر لحاجة الناس **(وإن كان فيه ثمر إلا مدركاً)** لأنه يحتاج إلى العمل قبل الإدراك وبعده **(كالمزارعة)** تصح إذا كان الزرع تبلاً ولا تصح إذا ادرك **(فان مات أحدهما أو مضت مدتها والثمر نيء يقوم العامل عليه أو وارثه استحساناً دفعاً للضرورة وإن كره الدافع)**[٩] هذا على تقدير قيام ورثة العامل عليه **(أو وارثه هذا على)** تقدير قيام العامل نفسه ففي الكلام نشر على ترتيب اللف ثم أنه مخصوص بصورة الموت لا يتمش في صورة انقضاء المدة [د٢٣١ظ] **(ولا تفسخ إلا بعذر، وكون العامل مريضاً لا[١٠] يقدر على العمل أو سارقاً يخاف على سعفة)** السعفة غصن النخل والجمع سعف ذكره في المغرب[١١] **(أو ثمرة عذر ووقع قضاء مدة معلومة على أن يغرس ويكون**

---

(١) (قد) لم ترد في (د،هـ،و،ز).
(٢) ما بين قوسين لم ترد في (هـ،ز).
(٣) في (هـ): أيضاً منها، وفي (و،ز): (منها).
(٤) في (هـ): (انفهامها).
(٥) في (هـ): (لم يذكر).
(٦) ينظر: الشافعي. اختلف في سائر الأشجار المثمرة فيه قولان، المهذب: (١/ ٣٩١)، الام: (٤/ ١١و١٢)، وفيه قولان في الجديد لا يجوز، وفي القديم تجوز.
(٧) عن ابن عمر: إنه دفع إلى يهود خيبر نخل. ينظر: مسلم (٣/ ١٨٦)وما بعدها.وجامع الترمذي (٣/ ٦٦٦) عن ابن عامر.
(٨) في (و): (بل).
(٩) إن مات الدافع في حال أن الثمر نيء يقوم العامل عليه كما قام، وإن مات العامل والثمر نيء يقوم وارث العامل عليه كما قام مورثه، ينظر: مجمع الأنهر: (٢/ ٥٠٦).
(١٠) حرف (لا) مكرر في (ب).
(١١) ينظر: المغرب (١/ ٣٩٧).

الأرض والشجر بينهما لا يصح) لاشتراط الشركة فيما هو حاصل قبل الشركة [**(والثمر والغرس لرب الأرض)** لأنه غرس برضاه ورضا صاحب الأرض فصار تبعاً للأرض[١] والآخر في **(وللآخر قيمة غرسه واجر عمله)** لأنه في معنى قفيز الطحان لأنه استيجار لبعض ما يخرج من عمله وهو نصف وحيلة الجواز أن يبيع نصف الأغراس بنصف الأرض واستأجر صاحب [و١٩٣ظ] الأرض العامل ثلاث سنين مثلاً بشيء قليل ليعمل في نصيبه، والله أعلم[٢].

(١) ما بين القوسين لم ترد في (ب).
(٢) (والله أعلم): الزيادة من (هـ).

كتاب الذبائح

هي جمع ذبيحة، وهي اسم ما يذبح بالكسر، والذبح بالفتح[1]، مصدر ذبح[2] إذا قطع الأوداج. **(حرم ذبيحة)** أي مذبوح. **(لم تذكَّ)**[3] أي: لم يذبح ذبحاً شرعياً اختيارياً كان أو اضطرارياً، فإن قلت: فلا يتناول الذبيحة، والمتردية[4]، والنطيحة[5] ونحوها، قلت: نعم، إلا أن حكمها يعلم بما ذكر بطريق الدلالة، فإنه إذا حرم ما لم يذكَ حال كونه مذبوحاً، فلأن يحرم حال عدم كونه مذبوحاً أحق إلى الفهم أسبق دون البدن، ولذلك لم يقل من [البدن. **(والاختيار ذبح بين الحلق واللبة)** وهي المنحر من الصدر][6] **(وعروقه: الحلقوم، والمريء، والودجان)**[7] "إن في أقصى"[8] الفم قضاء هو الحلق، وفيه مجريان:

الأول: موضوع من قدّام وهو الحلقوم ويسمي المشرحون قصبة الرئة، وهي مجرى النفس.

والثاني: موضوع من خلف ناحية القفاء على حرز العتق، ويسمى المريء، وفيه ينفذ الطعام والشراب، هذا ما في كتب الطب، ويوافقه ما في "المغرب"[9] و"الجمهرة"[10] و"ديوان الأدب"[11] من كتب اللغة، وما في "شرح مختصر

---

(١) في (ب): (بفتح).
(٢) في (هـ): (مذبوحة).
(٣) في (ب): (يذكر).
(٤) المتردية: التي تردت من جبل، أو في بئر فماتت. ينظر: الكشاف ص٢٧٨. وتفسير القرطبي (٦/ ٤٩).
(٥) النطيحة: التي نطحتها أخرى فماتت بالنطح. ينظر: الكشاف ص٢٧٨. وتفسير القرطبي (٢/ ١١).
(٦) ما بين القوسين، لم يرد في (ب، ج).
(٧) الودجان: الودج والوداج عرق في العنق، وهما ودجان، وفي المحكم: الودجان عرقان متصلان من الرأس إلى النحر. والجمع أوداج. ينظر: لسان العرب (٢/ ٣٩٧).
(٨) في (هـ): (أي في عصاه).
(٩) ينظر: المغرب (١/ ٣٠٣).
(١٠) الجمهرة في اللغة: لأبي بكر محمد بن الحسن بن دريد اللغوي المتوفى سنة (٣٢١هـ) وهو كتاب معتبر مجلد ذكر فيه أنه ألفه لأبي العباس إسماعيل بن عبد الله، ذكر الحروف المعجمة وذكر كتاب العين للتحليل وصعوبته فمدحه، يقال: أنه أملى الجمهرة في فارس ثم أملاها في البصرة ثم ببغداد. ينظر: (الفهرست (١/ ٩١). وكشف الظنون (١/ ٦٠٦). حيث قال: مريء الإنسان وغير مجرى الطعام إلى جوفه. ينظر: شرح الكنز (٢/ ٢٠١).
(١١) ديوان الأدب: للإمام أبي سعيد محمد بن جعفر في عشر مجلدات ضخمات أخذ كتاب الفارابي =

الكرخي" القدوري، وقال صاحب "الهداية". الحلقوم: مجرى العلف والماء، مجرى النفس ويوافقه ما في "المبسوط"[(١)] شيخ الإسلام: من أن المريء عرق[(٢)] أحمر وهو مجرى النفس، وما في تفسير سورة الأحزاب من "الكشاف"[(٣)]: شأن الحلقوم مدخل الطعام والشراب .**(فلم يجز العقدة)**[(٤)]، وأفتى بعضهم بالجواز لقوله ﷺ: «الذكاة بين اللبة واللحيين»[(٥)] ويساعده رواية "المبسوط"[(٦)] وعبارة "الجامع الصغير"[(٧)] لا بأس بالذبح في الحلف كله أو وسطه وأعلاه وأسفله»[(٨)] **(وصل بقطع)** أي ثلث منها إقامة للأكثر مقام الكل .**(وهو بكل ما أفرى[(٩)] الأدواج وأنهر الدم ولو بليطة)** هي قشر القصب **(ومروة)** هي حجر أبيض كالسكين يذبح بها كذا في "المستصفى" ويساعده ما في الصحاح .**(إلا سناً وظفراً قائمين)** أما إذا كانا منزوعين تحل الذبيحة عندنا ويكره الذبح ذكره في "الحقائق" [ز٢٧٤ظ]

= وزاد عليه في أبوابه فصار أولى منه؛ لأنه هذبه وانتقاه وزاد فيه ما زينه وحلاه. ينظر: كشف الظنون (١/ ٧٧٥).

حيث قال: المريء الذي يدخل فيه الطعام والشراب. ينظر: المصدر السابق (٢/ ٢٠٠) وما بعدها.

(١) ينظر: المبسوط (١٢/ ٣).

(٢) في (هـ): (عرقاً).

(٣) حصل هنا سهو، حيث لا يوجد التعريف في سورة الأحزاب وإنما في سورة الواقعة آية (٨٣).

(٤) العقدة: وهي الموضع المرتفع في أعلى العتق.

(٥) قال في نصب الراية: غريب بهذا اللفظ، وأخرج الدارقطني في سننه عن سعيد بن سلام العطار ثنا عبد الله بن بديل الخزاعي عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: (بعث رسول الله ﷺ (بديل بن ورقة الخزاعي على جمل أورق يصيح في فجاج منى ألا أن الذكاة في الحلق واللبة)، وقال الدارقطني بمرة وسعيد بن سلام يحدث بالأباطيل متروك، وأخرج عبد الرزاق في مصنفه (٤/ ١٨٥). ومصنف ابن أبي شيبة (٤/ ٢٥٥). وسنن أبي داود (٣/ ١٠٣) رقم (٢٨٢٥). وسنن البيهقي (٩/ ٢٧موقوفاً على ابن عباس وعلي وعمر ﷺ ونصب الراية (٢/ ٢٠٧) رقم (٩٠٣). وتلخيص الحبير (٤/ ١٣٤) رقم (١٩٣٧). وغيرها.

(٦) ينظر: المبسوط (١٢/ ٣).

(٧) ينظر: الجامع الصغير ص٤٧١.

(٨) قال الحلال الخبازي ﷺ، عند قوله في 'الهداية' الا أن رواية الجامع الصغير تدل على أن الذبح فوق الحلق قبل العقدة لا يجوز؛ لأنه أصل الحلق حملاً للذبح وزانه ينتهي بالعقدة، وهكذا في 'الفتاوى' ووضع الأصل يقتضي الحل؛ لأنه بين اللبة واللحيين وإن كان فوق العقدة إلا أن شمس الأئمة ﷺ فسر رواية الأصل على نحو ما ذكر في الجامع الصغير، فكان المراد بما أطلق في الأصل المقيد في الجامع. ينظر: حاشية الشلبي (٥/ ٢٩٠).

(٩) في (ب): (بفتح). أفرى: أي قطعها وشقها فأخرج ما فيها من دم. ينظر: المغرب (١/ ١٣٨).

وعند الشافعي[١]: الذبيحة ميتة لقوله ﷺ: «كل ما نهر الدم وأفرى الأوداج إلا السن والظفر» وهو مطلق[٢] قلنا ذكره في آخره فإنهما مدى الحبشة وهم لا يقلمون[٣] الأظفار ويحددون الأسنان ويقاتلون بالخدش والعض فهو محمول على غير المنزوع **(وندب إحداد شفرته[٤] قبل الإضجاع وكره بعده)** إرفاقاً بالمذبوح **(والجر)** بالرفع عطف على الضمير في كره **(برجلها إلى المذبح وذبحها من قفائها والنخع)** أي: الذبح الشديد [ج١٠٦و] حتى يبلغ النخاع[٥] وهو بالفارسية حرام مغز **(والسلخ قبل أن تبرد)** أي[٦]: تسكن عن الاضطراب. **(وشرط كون الذابح مسلماً أو كتابياً ذمياً أو حربياً)** قال الله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾[٧] وذلك لأنهم [و١٩٣و] يذكرون اسم الله عليها **(فحل ذبيحتهما ولو مجنوناً أو امرأة أو صبياً يعقل التسمية)** أي يعلم أن حل الذبيحة بها **(والذبحة)** أي شرائطها من فرى الأوداج **(ويضبط)** أي يعقد على خرى الأوداج ويحسن [ب١١٦ظ] القيام به كذا في "الكافي" وعبارة "الهداية" ظاهرة فيه إنما قال هذا؛ لأنه لو كان لا يعقل أولاً يضبط لا يحل ذبيحته **(أو أقلف أو أخرس لا ذبيحة وثنى ومجوسي ومرتد وتارك تسمية عمداً)**[٨] لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾[٩]، خلافاً للشافعي[١٠]. وأقوى حجة قوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِى مَآ أُوحِىَ

---

(١) ينظر: الأم (٢/ ٢٣٦). واعانة الطالبين (٢/ ٣٤٢).

(٢) في (ب، ج): (طلق).

(٣) في (هـ، و): (يقلمون).

(٤) (شفرته): بدون (و).

(٥) النخاع: وهو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة، وهو بالفتح والضم. ينظر: الشرنبلانية (١/ ٢٧٧). والبحر الرائق (٨/ ١٩٤).

(٦) (أي): لم ترد في (ج).

(٧) المائدة، آية (٥).

(٨) قال أحمد: مذهب مالك، وأبي حنيفة رضي الله عنهما سواء في متروك التسمية عمداً لا يؤكل سواء كان تهاوناً أو غير تهاون ولا تهب قول شاذ بجواز غير المتهاون في ترك تسميته، والآية تساعد مذهب الإمامين مساعدة بينة فإنه ذكر غير المسمى عليه قوله (وانه لفسق) وذلك إن كان عبارة عن فعل المكلف وهو: إهمال التسمية، أو تسمية غير الله، فلا يدخل النسيان؛ لأن الناسي غير مكلف، فلا يكون فعله منسقاً، ولا هو فاسق، وإن كان نفس الفسق الذبيحة التي لم يسم عليها، ولم يكن مصدراً، فإنما تسمى الذبيحة فسقاً نقلاً لهذا الاسم من المصدر إلى الذات فالذبيحة التي تركت التسمية عليها نسياناً، لا يصح أن تسمى فسقاً إذ الفعل الذي ينقل منه هذا الاسم ليس بفسق.وللمزيد يراجع حاشية الكشاف،ابن منير المالكي ص٣٤٤ .

(٩) الأنعام: آية (١٢١).

(١٠) ينظر: اعانة الطالبين (٢/ ٣٤٦). والمجموع (٨/ ٣٠٣).

إِلَىَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ﴾[١] فيحمل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ بقرينة قوله تعالى: ﴿فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا﴾ وأيضاً إذا لم يوجد هذا في المحرم يكون حلالاً.

قلنا: لا ضرورة في الحمل، بل لا وجه له، إذ حينئذٍ يلزم أن يعبر عن معنى يذكر اسم غير الله عليه بقوله: ﴿يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ ولا يخفى ما فيه من القصور لكمال الفصاحة، فإذا لم يحمل قوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ﴾ نازلاً قيل: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟﴾ لئلا يلزم الكذب.

(وإن تركها ناسياً حل لعذر النسيان)، وقال مالك[٢] [ز٢٧٤و] في إحدى [أ١٥٣ظ] الروايتين عنه: لا يحل في النسيان أيضا لظاهر[٣] ما ذكرنا في العمد فإنه لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الجرح ما لا يخفى؛ لأن الإنسان كثير النسيان والجرح مرفوع والنص المذكور غير مجرى على ظاهره إذ لو أريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الأول وما قوله تعالى: ﴿لَا تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ﴾[٤] فعلى تقدير دلالته على عدم المؤاخذة لا يلزم منه الحل في متروك التسمية ناسياً كما لا يلزم من عدم المؤاخذة على تقدير ترك الواجب في الصلاة ناسيا تمام الصلاة وما يقال قوله ﷺ: «تسمية الله في قلب كل امرىء مسلم»[٥] محمول على حالة النسيان إنما يكفي في الجواب عن التمسك الشافعي

---

(١) الأنعام: آية (١٤٥).

(٢) (مالك): لم ترد في (هـ)، المسلم عند الذبح إن نسي فتؤكل ذبيحته وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ بما إذا تركت عمداً مع القدرة عليها لا نسياناً أو عجزاً والجاهل بالحكم كالعامد، وقال ابن رشد: ليست التسمية بشرط في صحة الذكاء، ومعنى قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ لا تأكلوا الميتة التي لم يقصد ذكاتها؛ لأنها فسق، ومعنى قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ كلوا مما قصدت ذكاته، فكنى الله عز وجل عن التذكية بذكر اسمه، فالآية تدل على وجوب التسمية في الذكاة، وبذلك قال غيرنا: بنسيتها. ينظر: الشرح الصغير (٢/ ١٧١). وحاشية الصاوي (٢/ ١٧١).

(٣) في (و): (بظاهر). (٤) البقرة، آية (٢٨٦).

(٥) رواه الدارقطني (٤/ ٢٩٥) رقم (٩٤)، عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال سأل رجل رسول الله ﷺ أرأيت الرجل من يذبح وينسى أن يسمي الله فقال النبي ﷺ: «اسم الله على كل مسلم»، وفي رواية على فم كل مسلم والسنن الكبرى للبيهقي، (٩/ ٢٤٠) والحديث ضعيف لأن فيه مروان بن سالم هذا قال أحمد بن حنبل والنسائي والعقيلي ليس بثقة وكذلك مسلم وأبو حاتم والرازي، وقال أبو عروبة الحراني كان يضع الحديث، ينظر: نصب الراية (٤/ ١٨٣)، والتحقيق رقم: (١٨٣٦) وتحفة الطالب: (١/ ٤٤٢)، والدراية: (٢/ ٢٠٦).

لا في احتجاج على ما ذكرنا كما لا يخفى **(وكره أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره وصلاً لا عطفاً كقوله: بسم الله اللهم تقبل من فلان وحرم الذبيحة إن عطف نحو باسم الله واسم فلان أو فلان، وإن فصل صورة ومعنى كالدعاء قيل الإضجاع وقبل التسمية ولا بأس به وحبب نحر الإبل وكره ذبحها وفي البقر والغنم عكسه)** [ج١٠٧ظ].

وقال مالك[(١)]: إن ذبح أو نحر البقر والغنم لا يحل **(ولزم ذبح صيد[(٢)] استأنس وكفى جرح نعم)** وهو واحد الأنعام وهو مال الراعية **(توحش[(٣)] أو سقط في بئر ولم يمكن ذبحه)** وقال مالك[(٤)]: [لا يحل إلا بالذكاة [ب١١٦و] الاختيارية][(٥)] **(ولا يحل جنين ميت وجد في بطن أمه)** وعندهما وهو قول الشافعي[(٦)]: إذا تم خلقه أكل، وذكاة الأم ذكاة له **(ولا ذو ناب أو مخلب)** المراد من ذي ناب الذي يصيد بنابه وهو من ذي مخلب الذي يصيد بمخلبه[(٧)] [لا كل ذي ناب][(٨)] ولا كل ذي مخلب فإن الحمامة لها مخلب والبعير له ناب والبقر كذلك كذا في "المبسوط"[(٩)] البزدوي **(من سبع أو طير)** السبع كل مختطف منتهب[(١٠)] جارح قاتل بحاد عادة ذكره في "الهداية" [و١٩٤ظ] **(ولا الحشرات)** هي صغار[(١١)] الدواب الأرض واحدتها حشرة **(والحمر الأهلية)** فيه خلاف مالك[(١٢)] **(والبغل والخيل)** فيه خلافهما[(١٣)] وخلاف الشافعي[(١٤)] [ز٢٧٣ظ] له

---

(١) البقر تذبح فإن نحرت اختلفا، والإبل تنحر فإن ذبحت لم تؤكل فالبقر يجوز فيها الأمران؛ لأن موضع النحر وموضع الذبح ومحل النحر اللبة. ينظر: كفاية الطالب (١/ ٧٢٧).

(٢) (صيد): لم ترد في (ب). (٣) (توحش): لم ترد في (ج).

(٤) ينظر: مواهب الجليل (٣/ ٢١٥).

(٥) ما بين القوسين لم ترد في (ز) وبدلها عبارة: (وقال مالك: أن ذبح الإبل أو نحر البقر لا يحل)، وينظر: الشرح الصغير (٢/ ١٦٣).

(٦) (الشافعي): لم ترد في (ز)، وينظر: المجموع (٩/ ١٢٠).

(٧) في (ب،ج): (قلبه).

(٨) ما بين القوسين لم ترد في (ب،ج،هـ،و).

(٩) قال في المبسوط (١١/ ٢٢٥) المراد بالخطف ما يختطف بمخلبه من الهواء كالبازي، والعقاب، والشاهين، والمنهبة ما ينتهب بنابه من الأرض: كالأسد والذئب والفهد والنمر.

(١٠) في (ب): (مشهب). (١١) في (ب،ج): (صغر).

(١٢) في (ب): (خلا)، وفي (هـ): (خلافاً للمالك)، وينظر: الشرح الصغير (٢/ ١٦٣).

(١٣) في (هـ): (خلافهما لهما).

(١٤) ينظر: التنبيه (١/ ١٢٧).

قوله تعالى: ﴿وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ﴾[١] قيل الكراهة في الخيل عنده تنزيهي[٢]، وقيل تحريمي وهو الأصح **(والضبع)**[٣] كفتار وفيه خلاف الشافعي[٤] **(والزنبور[٥] والسلحفاة)** سنك بشت [د٢٣٢و] **(والأبقع الذي يأكل الجيف)** الأبقع كلاغ بيشه**(والقذاف)**[٦] كلاغ سياه يزرك **(والفيل، واليربوع)**[٧] مؤشر دشتى، وهو حلال عند الشافعي[٨] **(وابن عرس)** راسو **(ولا حيوان مائي سرى سمك لم يطف)** من طفأ، أي خف وعلا والمصدر الطفؤ على وزن الفعول ذكره في "الطلبة" وفيه خلاف الشافعي[٩]، وقال في "التحفة"[١٠]: ثم [هـ٣٧٦] عندنا الطافي على وجهين: أما إن مات بسبب حادث فإنه يؤكل وما مات حتف انفه لا يؤكل **(والجريث والمار ما هي)** هي الجريث نوع من السمك غير المار هي كذا في **(المغرب)**[١١] وإنما أفردهما بالذكر لمكان الخفاء في كونهما من جنس السمك والمكان الخلاف فيهما لمحمد ذكره صاحب "المغرب" **(وحل الجراد وأنواع السمك بلا زكاة وغراب الزرع، والأرنب، والعقعق[١٢] معها)** أي مع الذكاة، والله أعلم[١٣].

---

(١) النحل: آية (٨).
(٢) في (هـ): (تنزيهية).
(٣) الضبع: يراجع، عجائب المخلوقات: (٢/ ٢٣٤).
(٤) ينظر: النكت (١/ ٢٤٨) والمهذب (١/ ٢٤٧).
(٥) الزنبور: يراجع حياة الحيوان (٢/ ٩).
(٦) القذاف: حياة الحيوان: (٢/ ١٧٢)
(٧) اليربوع: حياة الحيوان (٢/ ٤٠٨-٤٠٩).
(٨) ينظر: المهذب (١/ ٢٤٧).
(٩) ينظر: المجموع (٩/ ١١) وروضة الطالبين (٣/ ٢٧٧).
(١٠) ينظر: تحفة الفقهاء (٣/ ٧٥).
(١١) ينظر: المغرب (١/ ١٣٧).
(١٢) العقعق: طائر نحو الحمامة طويل الذنب، فيه بياض وسواد وهو نوع من الغربان والعرب تتشاءم به. ينظر: المصباح (٢/ ٤٢٢).
(١٣) (والله أعلم): الزيادة من (هـ).

كتاب الأضحية

أفعولة تجمع على أضاحي بتشديد الياء(**هي**) في الشرع (**ما يذبح في يوم الأضحى بيته القربة وهي شاة من فرد وبقرة أو بعير منه إلى سبعة إن لم يكن لفرد أقل من سبع**) إنما قال هذا؛ لأنه لو كان لأحدهم أقل من السبع لا يجوز عن أحد؛ لأن وصف القربة لا يتجزى، وعند مالك[1]: يجوز عن أهل البيت واحد وإن كانوا أكثر من سبعة ولا يجوز على أهل بيتين وإن كانوا أقل منها (**ويقسم اللحم وزناً لا جزافاً إلا إذا ضم معه**) أي مع اللحم (**من أكارعه أو جلده**) سواء [ج١٠٧و] كان[2] في كل جانب شيء من اللحم وشيء من الأكارع أو يكون[3] في كل جانب شيء من اللحم وبعض الجلد[4] أو يكون في جانب لحم وأكارع أو في آخر لحم وجلد [ب١١٧ظ] وإنما يجوز صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس (**وصح اشتراك ستة في بقرة مشترية لا ضحية استحساناً**) وفي القياس[5]، ولا يجوز[6] وهو قول زفر؛ لأنه أعدها [ز٢٧٣و] للقربة فلا يجوز بيعها"[7]، وجه الاستحسان: أنه قد يجد بقرة سمينة [أ١٥٣و] ولا يجد الشركاء وقت البيع فالحاجة مسامة إلى هذا (**وذا**) أي الاشتراك (**قبل الشراء أحب**) وعن أبي حنيفة يكره الاشتراك بعد الشراء وبه أخذ زفر (**فإن مات أحد سبعة وقال ورثته اذبحوها عنه وعنكم صح**) وعن أبي يوسف أنه لا يصح وهو القياس؛ لأنه متبرع بالإتلاف فلا يجوز عن الغير كالإعتاق [على الميت، وجه الاستحسان [د٢٣٣ظ]: أن القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الإعتاق][8] فإن فيه إلزام الولاء على[9] الميت (**كبقرة عن أضحية ومتعة وقران وإن كان أحدهم كافراً أو مريد اللحم لا**)؛ لأن البعض ليس بقربة وهي لا تتجزى (**ولا تجب إلا على من عليه الفطرة**) لقوله ﷺ: «من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا»[10] [و١٩٤و] وعند

---

(١) ينظر: الكافي (١/ ١٧٤) وغيره.
(٢) في (و): (كانت).
(٣) في (ب): (ويكون).
(٤) في (ب، ج): (جلد).
(٥) في (هـ): (والقياس).
(٦) (لا يجوز) لم ترد في (هـ).
(٧) ينظر: الهداية (٤/ ٣٥٣).
(٨) ما بين القوسين، لم ترد في (و).
(٩) في (ب،ج): (عن).
(١٠) ينظر: سنن ابن ماجة: (٢/ ١٠٤٤) رقم (٣١٢٣)، والدارقطني: (٤/ ٢٨٥) رقم (٥٣)، =

الشافعي[١]: هي سنة (**غير مسافر**) إنما قال هذا لأنها لا تجب على المسافر ذكره في "الهداية" (**لنفسه لا لطفلة في ظاهر الرواية**) وهو رواية الحسن يجب لطفله كما في الفطرة[٢] وجه الظاهر: سبب الفطرة رأس يمونه[٣] ويلي عليه[٤].

(**بل يضحي عنه أبوه، أو وصية من ماله[٥] وأكل منه[٦] الطفل وما بقي يبدل)**[٧] بل يدخر قدر حاجة ثم يبدل[٨] (**بما ينتفع بعينه**) كالثوب والخف لا بما ينتفع به بالاستهلاك كالخبز ونحوه وذلك؛ لأن الواجب هو الإراقة وأما التصدق باللحم تبرع ومال الصبي لا يحتمل التبرع فينبغي[٩] أن يطعم الصغير ويدخر له ويستبدل لحجة [هـ٣٧٧] بالأشياء التي ينتفع به الصغير مع بقاء أعيانها كما في جلد الأضحية كذا في "التحفة"[١٠] (**وأول وقتها بعد طلوع فجر يوم النحر وآخره قبل غروب اليوم الثالث**) وعند الشافعي[١١] تجوز في أربعة أيام (**وشرط تقديم الصلاة**) أي صلاة العيد (**عليها إن ذبح في مصر**) وعند مالك[١٢] والشافعي شرط آخر وهو أن يكون بعد نحر الإمام (**وإن ذبح في غيره لا**) المعتبر في هذا مكان الفعل لا مكان من عليه قال في "الكافي" [ز٢٧٦ظ]: يدخل وقتها بطلوع الفجر من يوم النحر إلا أنه يشترط تقدم الصلاة على التضحية من حق أهل[١٣] الأمصار حتى لا

= والمستدرك: (٤/ ٢٥٨) رقم (٧٥٦٥) قال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه والتحقيق في أحاديث الخلاف: (٢/ ١٦٠) رقم (١٣٦٨)، ونصب الراية الحديث الثاني: (٤/ ٢٠٧) والدراية: (٢/ ٢١٣) رقم (٩٢١) وغيرهما.

(١) ينظر: التنبية: (١/ ٨١) والمجموع: (٨/ ٢٧٥) وفتح الوهاب: (٢/ ٣٢٧)، وغيرها.

(٢) في (و): (الطفرة).

(٣) يمونه: مانه يمونه موناً إذا احتمل مؤنته، وقام بكفايته، ومان الرجل يمونهم موناً ومؤنة: كفاهم وانفق عليهم وعالهم. ينظر: المغرب (٢/ ٢٧٧). ولسان العرب (١٣/ ٤٢٥).

(٤) الأضحية: لأنها قربة محضة والأصل في القرب أن لا تجب على الغير بسبب الغير، ينظر: الهداية: (٤/ ٣٥٢).

(٥) هذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وأبي يوسف رضي الله عنه، وقال محمد وزفر والشافعي رضي الله عنهم يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير، ينظر: الهداية (٤/ ٣٥٢)،.

(٦) (منه): لم ترد في (ب، ج).

(٧) في (هـ): (بدل).

(٨) في (ب): (بد يبدل).

(٩) في (هـ): (وينبغي).

(١٠) ينظر: تحفة الفقهاء: (٣/ ٨٢).

(١١) ينظر: المجموع: (٨/ ٢٨٣)، وفتح الوهاب: (٢/ ٣٢٧)، وغيرها.

(١٢) ينظر: المالكية والشافعية، ينظر: إعانة الطالبين (٢/ ٣٣١)، والإقناع للشربيني: (٢/ ٥٩١)، والإقناع للماوردي: (١/ ١٨٥).

(١٣) (أهل): لم ترد في (هـ).

يجوز للمصري الذبح حتى يصلي الإمام العيد لعدم الشرط لا لعدم الوقت، فأما أهل السواد فيذبحون بعد الفجر؛ لأنه لا صلاة عليهم [ب١١٧و] [ج١٠٨ظ] **(واعتبر**[١] **الآخر للفقير وضده والولادة والموت)** أي: إذا كان غنياً في أول الأيام فقيراً في أخرها لاتجب عليه وفي عكسه تجب وإن ولد في اليوم الآخر تجب عليه وإن مات فيه لا تجب عليه **(وكره الذبح ليلاً وإن تركت)**[٢] أي: التضحية **(ومضت أيامها تصدق الناذر وفقير شراها للأضحية بها حية)** شاة كان أو غيرها **(والغني بقيمتها شراها أو لا)** لأن وجوبها على الناذر وعلى الفقير بالشراء بينها فأما الغني فالواجب يتعلق بذمته شرى الأضحية أو لا.

(وصح الجذع[٣] **من الضأن)** [د٢٣٣و] لا خلاف في أن الجذع من المعز لا يجوز والجذع من الضأن الذي أتى عليه أكثر الحول عند الأكثر وذكر في "المبسوط"[٤] إذا تم له سبعة أشهر فهو جذع بعد ذلك كذا في "الكافي" **(والثني**[٥] **فصاعداً من ثلاثة)** أي من الإبل والبقر والغنم ضأناً كان أو مفزاً **(وهو ابن خمس من الإبل وحولين من البقر وحول من الشاة كالجماء)** هي التي لا قرن لها **(والخصي**[٦] **والثولاء)** هي المجنونة **(دون العمياء والعوراء والعجفاء التي لا تنقى)** هي ما يكون عجفها إلى حد لا يكون في عظمها بها نفي[٧] أي مخ **(والعرجاء التي لا تمش إلى المنسك**[٨] **ومقطوع يدها أو رجلها وما ذهب أكثر من ثلث ذنبها أو عينها أو إليتها)** في تقديره عن أبي حنيفة أربع[٩] روايات ففي ظاهر

---

(١) في (ب، ج): (ويعتبر).

(٢) كره الذبح ليلاً، لاحتمال الغلط في ظلمة الليل، ينظر: الهداية (٤/ ٣٥٤).

(٣) الجذع: من البهائم، قبل الثني، إلا أن من الإبل في السنة الخامسة، ومن البقر والشاء في السنة الثانية، ومن الخيل في الرابعة. ينظر: المغرب (١/ ١٣٦).

(٤) ينظر: المبسوط (١٢/ ١٠).

(٥) الثني: وهو من الإبل الذي دخل في السابعة. ينظر المغرب (١/ ٣١٧).

(٦) والخصي عن أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - أولى؛ لأن لحمه أطيب، وقد صح أنه عليه والموجؤ المخصي من الوجء، وهو أن يضرب عروق الخصية بشيء. ينظر: البحر الرائق (٩/ ٢٠١).

(٧) في (ب،ج) : (أنها نقي نقي).

(٨) المنسك: بالكسر الموضع الذي يذبح فيه، ينظر: فتح المعين (٣/ ٣٨٠-وما بعدها).

(٩) في رواية أبي عبد الله الربع مانع، وفي رواية الطحاوي جعل الثلث مانعاً، وفي رواية هذا الكتاب جعل ما زاد عليه مانعاً وهو قولهما في هذا الكتاب، وبه أخذ الفقية أبو الليث، لهما: أن القليل في الصور أن يكون ما يقابله أكثر فلهذا يجعل ما دون النصف عنهما روايتان، ولأبي حنيفة أن ما فوق الثلث ملحق بالكثير كما جاءت في الوصية. ينظر: شرح الجامع الصغير للكنوي (١/ ٤٧٣).

الرواية عنه وهي رواية هشام عن محمد: الزائد على الثلث وفي رواية عنه الثلث، وفي رواية ابن شجاع[١] عنه الربع وفي رواية الزائد على النصف، وهو قولهما، وفي كون النصف مانعاً روايتان عنهما [و١٩٥ظ] كذا في "الكافي"، وطريق [ز٢٧٦و] ذهاب الثلث العين [أن تشدد العين[٢] المؤنة بعد إن كانت جائعة فيتقرب [أ١٥٤ظ]إليها العلف فينظر أنها من أي مكان رأت العلف ثم تشد العين الصحيحة ويقرب[٣] إليها العلف فينظر أنها من أي مكان رأت العلف[٤] فينظر إلى تفاوت ما بين المكانين فإن كان ثلثا فالذاهب الثلث وإن كان نصفاً فالنصف **(وهكذا ويأكل منها ويؤكل)** بكسر الكاف، وقال الجوهري: " وأكلتك فلاناً وإذا مكنته منه" **(ويهب من يشاء وندب التصدق بثلثها وتركه بذي عيال توسعه عليهم والذبح بيده إن أحسن وإلا أمر غيره، وكره بذبحها كتابي ويتصدق بجلدها، أو يعمل آلة كجراب وخف وفرو أو يبدله بما ينتفع به باقياً لا بما ينتفع مستهلكاً كخل ونحوه فإن بيع اللحم أو الجلد به)** [هـ٣٧٨] أي بما ينتفع به مستهلكاً.

(تصدق[٥] بثمنه ولو غلط اثنان وذبح كل شاة صاحبه) يعني عن نفسه على ما يدل عليه قوله **(ولو غلط صح بلا غرم)** والقياس: أن لا يصح ويضمن؛ لأنه ذبح شاة غيره بغير إذنه، وجه الاستحسان: أن كل واحد منهما [ج١٠٨و] يكون راضياً بفعل صاحبه فيكون مأذوناً فيه دلالة فيقع الذبح عنه، ونية صاحبه تقع لغوا حتى لو تشاحا وأراد كل واحد منهما الضمان يقع الأضحية له وجازت عنه؛ لأنه [د٢٣٤ظ] ملكه بالضمان كذا في "البدائع"[٦] **(وصحت التضحية بشاة الغصب إن ضمنها)** إذا غصب شاة فضحى بها عن نفسه لا تجزيه لعدم الملك ولا عن صاحبها لعدم الإذن ثم إن أخذها صاحبها مذبوحة وضمنه النقصان فكذلك لا يجوز عن الأضحية عنها، وإن ضمن قيمتها حية فإنها تجري عن الذابح لأنه ملكها بالضمان ومن وقت الغصب بطريق الظهور والاستناد فصار ذابحاً شاة هي ملكه فيجزيه لكنه

---

(١) وهو: محمد بن شجاع الثلجي، من أصحاب الحسن بن زياد كان فقيه أهل العراق في وقته والمقدم في الفقه والحديث وله: "التصانيف" و"المناسك" في نيف وستين جزءاً وكتاب "النوادر" (ت٢٦٦هـ). ينظر تاج التراجم ص٥٥ رقم (١٦١) وطبقات الحنفية ص٣٦ والفوائد البهية ص١٧١.

(٢) ما بين القوسين لم ترد في (هـ).

(٣) (ويقرب) مكرر في (ب).

(٤) (العلف): لم ترد في (ب، ج).

(٥) في (ب، ج): (وتصدق).

(٦) في (هـ): (الهداية).

يأثم ؛ لأن ابتداء فعله وقع محظوراً، وهذا قول أصحابنا الثلاثة، وقال زفر [١]: لا يجزيء عن الذابح أيضاً بناء على المغصوبات [ز٢٧٥ظ] يملك بالضمان عندنا، وعند زفر، لا يملك وبه أخذ الشافعي [٢]، **(لا الوديعة)**؛ لأن سبب وجوب الضمان ها هنا هو الذابح والملك يثبت بعد تمام السبب وهو الذبح فكان الذبح مصادفاً ملك غيره فلا يجزئه بخلاف الغاصب فإنه كان ضامناً قبل الذبح لوجود سبب وجوب الضمان وهو الغصب السابق وفي " شرح القدوري " [٣] للزاهدي [٤] بعلامة صدر الدين حسام [٥]، وقيل يجزئه لأنه ضمنها بالاجتماع والشد وجوابه أن الكلام في ذبح شاة الوديعة وعلى ما ذكر يكون المذبوح مغصوباً ولا وجه لإنكار ذبح الوديعة قبل أن يغصب.

---

(١) ينظر: الهداية: (٤/٣٥٨).

(٢) ينظر: إعانة الطالبين (٢/ ٣٣٤).

(٣) ينظر: المجتبى [ق٣١٢/ و].

(٤) ينظر: المحفوظ المجتبى (ص٣١٢).

(٥) هو: عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري حسام الدين المعروف بالصدر الشهيد، إمام الفروع والأصول تفقه على أبيه برهان الدين الكبير ورزق الشهادة في (صفر ٥٣٦هـ) قتل بعد واقعة قطوان بسمرقند ونقل جسده إلى بخارى وكانت ولادته سنة (٤٨٣هـ) له " الفتاوى الصغرى والكبرى " و " شرح أدب القاضي للخصاف ". ينظر: تاج التراجم ص٤٦ والفوائد البهية ص١٤٩ وطبقات الأصوليين (١/ ٢٥) .

كتاب الكراهية

إنما عنوان الكتاب بهل لتعلق ما فيها من المسائل لها إثباتاً ونفياً **(ما كره حرام عند محمد ولم يلفظ[1] به لعدم القاطع)** فعنده ما لزم تركه إن ثبت ذلك بدليل قطعي يسمى حراماً وإلا يسمى مكروهاً كراهة التحريم كما أن ما لزم الإتيان به إن ثبت ذلك [و١٩٥و] بدليل قطعي[2] يسمى فرضاً وإلا واجباً **(وعندهما إلى الحرام أقرب)** قال التجنيس[3]: وهو المختار هذا هو مكروه كراهة تحريم، وأما المكروه كراهة تنزيه فإلى الحل أقرب[4].

فصل في و [فصل في الأكل والشرب]

[ب١١٨و] **(الأكل فرض إن دفع به هلاكه ومأجور عليه إن مكنه من صلاته[5] قائماً ومن صومه ومباح إلى الشبع ليزيد[6] قوته وحرام فوقه إلا لقصد قوة صوم الغد[7] وليلاً ويستحي ضيفه)** أو نحو ذلك **(وكره لبن الأتان)**[8] فإن حكمه حكم لحمه[9] [هـ٣٧٩] **(وبول الإبل)** [حرام عند أبي حنيفة][10] وعند أبي يوسف يحل شربه للتداوي لحديث العرنيين[11]، وعند محمد يحل مطلقاً؛ لأنه لو كان

---

(١) في (هـ): (لفظ).
(٢) (قطعي): لم ترد في (ب، ج).
(٣) التجنيس في الفتاوى: للإمام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني الحنفي المتوفى سنة (٥٩٣هـ) أورد المسائل مهذبة في تصنيف، وذكر لها الدلائل ورتب الكتب ودون المسائل ولم يتيسر له الختام فشرع في إتمامه وتحسين نظامه وانزل ذكر ما ذكره من أبواب الأسماء إلى حروف مجردة عن الألقاب فاشار بالنون إلى نوازل أبي الليث، وبالعين إلى عيون المسائل، وبالواو إلى واقعات الناطفي وهكذا. ينظر: الهداية (٤/ ٤٥٠). وكشف الظنون (١/ ٣٥٢).
(٤) عند الشيخين لتعارض الأدلة فيه وتغليب جانب الحرجة فيه فيلزمه تركه، وتكلموا في المكروه والصحيح ما قاله الشيخان ما في جواهر الفتاوى. ينظر: (مجمع الأنهر) (٢/ ٥٢٣).
(٥) في (ب، ج): (صلوته).
(٦) في (ب، ج): (يزيد).
(٧) في (هـ): (لغد).
(٨) في (و): (اتن).
(٩) (لحمه) مكرر في (هـ).
(١٠) ما بين القوسين لم ترد في (ب،ج،و).
(١١) عن أنس بن مالك ﷺ أن ناساً من عرينة قدموا على رسول الله ﷺ المدينة فاجتووها لهم فقال لهم رسول الله ﷺ إن شئتم أن تخرجوا إلى إبل الصدقة فتشربوا من ألبانها وأبوالها ففعلوا فصحوا ثم مالوا على الرعاة فقتلوهم وارتدوا عن الإسلام وساقوا ذود رسول الله ﷺ فبلغ ذلك النبي ﷺ فبعث في أثرهم فأتي بهم فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم وتركهم في الحرة حتى ماتوا، =

حراماً لا يحل به التداوي قال ﷺ: «ما وضع شفاؤكم فيما حرم عليكم»[1] وأبو يوسف يقول: لا يبقى حينئذ حراماً للضرورة [د٢٣٤و]، لكن هذا التأويل إنما يناسب [ج١٠٩ظ] أن لو قبل ما مر عليكم، ما وضع شفاؤكم فيه وأبو حنيفة يقول: الأصل في البول الحرمة وهو قوله ﷺ متكلم شفاء العرينين وحياً وأما لغيره ﷺ فالشفاء غير معلوم فلا يحل **(والأكل، والشرب، والإدهان**[2]**والتطيب من إناء ذهب وفضة)** للرجل والمرأة لقوله ﷺ: «إنما يجرجر[3] في بطنه [أ١٥٤ظ] نار جهنم»[4] النص ورد في الشرب وعم دلالة [ز٢٧٥و] غيره **(وحل من إناء رصاص وزجاج وبلور**[5] **وعقيق)**[6] خلافاً للشافعي **(ومن إناء مفضض)**[7] خلافاً لأبي يوسف **(وجلوسه)** عطف على الضمير في حل **(على مفضض)** كرسياً كان أو سريراً أو سرجاً **(متقياً موضع الفضة)** أي لا يكون الفضة في موضع الجلوس وكذا الأكل والشرب من الإناء المفضض إذا كان **(متقياً موضع الفضة)** بأن لا يكون الفضة في

= ينظر: صحيح البخاري (٦/ ٢٤٩٥) رقم (٦٤١٧)، وصحيح مسلم واللفظ له: (٣/ ١٢٩٦) رقم (١٦٧١).

(١) رواه البخاري في باب شراب الحلوى والعسل موقوفاً على ابن مسعود رضي الله عنه: (٥/ ٢١٢٩) والمعجم الكبير: (٢٣/ ٣٢٦) رقم (٧٤٩) والمستدرك: (٤/ ٤٥٥) رقم (٨٢٦٠) وغيرها.

(٢) قال في النهاية: قيل: صورة الدهان المحرم، هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة، ويصعب الدهن على الرأس، أما إذا أدخل، وأخذ الدهن ثم يصب على الرأس لا يكره، وعزاه إلى الذخيرة. ينظر: البحر الرائق (٨/ ٢١١). وفي الجامع الصغير ص٤٨٥. قالوا: وهذا إذا كان يصب من آنية على رأسه أو بدنه أما إذا أدخل يده في الإناء وأخرج منها الدهن ثم استعمله فلا يكره.

(٣) يجرجر: أي يلقيها في بطنه بجرح متتابع يسمع، وهي الصوت لتردده في حلقه، ينظر: الديباج للسيوطي (٥/ ١١٤).

(٤) ينظر: صحيح البخاري: (٥/ ٢١٣٣) رقم (٥٣١١) وصحيح مسلم: (٣/ ١٦٣٤) رقم (٣٠٦٥) عن أم سلمة.

(٥) بلور: حجر معروف وأحسنه ما يجلب من جزائر الزنج، وفيه لغتان كسر الباء مع فتح اللام مثل سنور وفتح الباء مع ضم اللام وهي مشددة فيهما مثل تنور. ينظر: المصباح (١/ ٦٠).

(٦) العقيق: حجر يعمل منه الفصوص. ينظر: المصباح (٢/ ٤٢٢) ومختار الصحاح (١/ ١٨٧).

(٧) مفضض: هو المرصع بالفضة، ينظر: فتح المعين: (٣/ ٣٨٧). وروي أن هذه المسألة وقعت في مجلس أبي جعفر الدوانقي والإمام حاضر والأئمة آلاف حاضرون، فقالت الأئمة: يكره. والإمام ساكت، فقيل له: ما تقول؟ قال: إن وضع فمه في موضع الفضة يكره وإلا فلا. قيل له: من أين لك! قال: أرايت لو كان في إصبعه خاتم فضة فشرب من كفه يكره ذلك فوقفت الكل وتعجب ابن جعفر من جوابه. ينظر: البحر الرائق (٨/ ٢١٢).

موضع الفم[١] هذا عنده وعند أبي يوسف يكره مطلقاً وعند محمد قد قيل: أنه مع الأول، وقيل مع الثاني **(وقبل قول فرد كافر)** جاز خبر الكافر في المعاملات مقبول بالإجماع للحاجة أي قبوله لكثرة المعاملات وكونه من أهل الشهادة في الجملة[٢].

(أو أنثى أو فاسق أو عبد أو ضدها في المعاملات والتوكيل)[٣] كما إذا أخبر أني وكيل فلان في بيع هذا يجوز الشراء منه **(وشراء ذكية فإن قال: شريت اللحم من مسلم أو كتابي حل وإن قال: شريت من مجوسي حرم وقول الرقيق والصبي في الهداية والإذن)** كما إذا جاء بهدية وقال فلان أهدى إليك هذه الهدية يحل قبوله منه أو قال أنا مأذون في التجارة يقبل قوله **(وشرط العدل [ب١١٩ظ] في الديانات كالخبر عن نجاسة الماء فيتيمم[٤] إن أخبرها مسلم عدل، ولو عبداً ويتحرى[٥] في الفاسق والمستور ثم يعمل بغالب رأيه[٦] ولو رأيه[٧] فيتيمم في غلبة صدقة وتوضأ فيتيمم في كذبه وأحوط ومقتدي[٨] دعي إلى وليمة فوجد[٩] ثمنه لعباً وغناء)** الوليمة طعام العرس واللعب واللهو والغناء بالمد السماع **(لا يقدر على منعة[١٠] يخرج البتة)** لئلا يقتدي به الناس **(وغيره أن قعد غير قادر على المنع)** إنما قال هذا؛ لأنه إذا كان قادراً عليه لا يجوز له أن [و١٩٦ظ] يقعد ويأكل إلا بعد المنع **(واكل جاز)** لا؛ لأن إجابة الدعوة سنة فلا يترك بسبب بدعة الصلاة الجنازة بحضرها النياحة؛ لأنه إن أراد مطلق الدعوة فلا تسلم أن اجابتها سنة [د٢٣٥ظ] وإن أراد الدعوة على وجه السنة فلا يتم التقريب [ز٢٧٨] بل لأن حق الدعوة يلزمه بعد الحضور لا قبله **(ولا يحضر إن علم من قبل وقال أبو حنيفة ابتليت بهذا مرة فصبرت وذا قبل أن يقتدى به ودل قوله على حرمة كل الملاهي؛ لأن الابتلاء بالمحرم يكون)** [ج١٠٩و] كذا قالوا فيه نظر فإن [هـ٣٨٠] الابتداء[١١] يستعمل فيما هو محظور العواقب، ولو كان مباحاً ومنه قوله ﷺ: «من ابتلي بالقضاء...الحديث» ثم أن الصبر على الحرام رعاية لحق الدعوة لا يجوز؛ لأن

---

(١) في (ج): (الفم).
(٢) في (هـ): (بالإجماع).
(٣) في (ب): (كالتوكل).
(٤) في (ب): (فينتم).
(٥) في (هـ،و): (وينحري).
(٦) في (و): (رائه).
(٧) في (ب،ج): (راق).
(٨) في (أ): (مقتدى).
(٩) (فوجد): مكرر في (ب).
(١٠) في (ج): (متعة).
(١١) في (هـ): (لأن الابتلاء).

السنة تترك حذراً عن ارتكاب المحظور فالظاهر أنه جلس معرضاً عن ذلك اللهو منكراً له غير مستمتع فله يتحقق منه الجلوس على اللهو فعلى هذا لا يكون مبتلى[١] بحرام[٢].

فصل [فصل في اللبس]

(**لا يلبس رجل حريراً إلا قدر أربعة أصابع**) أي في العرض أراد مقدار العلم روى أنه صلى الله عليه وسلم [لبس جبة مكفوفة بالحرير[٣] وعنده لا فرق بين حالة الحرب وغيره، وعندهما: يحل الحرب للضرورة، وله الضرورة تندفع بما لحمته[٤] إبريسم وسداده[٥] غيره (**ويتوسده ويفترشه**[٦]) لما روى صلى الله عليه وسلم «جلس على مرفقة من حرير»[٧] هذا عنده، وكرهه محمد وذكر القدوري قول

(١) قال في الهداية (٤/ ٣٦٢): إن قدر على المنع منعهم، وإن لم يقدر يصبر وهذا إذا لم يكن مقتدى به، فان كان مقتدي ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يعقد لأن في ذلك شيء الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن أبي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل أن يصير مقتدى به ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي أن يعقد وهذا كله بعد الحضور، ولو علم قبل الحضور لا يحضر لأنه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما إذا هجم عليه؛ لأنه قد لزمه.

(٢) عن أم سلمة قالت قال رسول الله ﷺ: (من ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في الجلوس والإشارة والنظر) مسند إسحاق بن راهوية: (١/ ٨٢-٨٣) رقم (٣٢)، والدارقطني: (٤/ ٢٠٥)، رقم (١٠) ومسند أبي يعلى: (١٢/ ٣٥٦) رقم (٦٩٢٤)، ومجمع الزوائد: (٤/ ١٩٤) ونصب الراية: (٤/ ٧٣) الحديث العاشر والدراية: (٢/ ١٩٦) رقم (٨٢٣) وغيرها.

(٣) عن اسماء رضي الله عنها قالت هذه جبة رسول الله ﷺ فاخرجت إلي جبة طيالسة كروانية لها لبنة ديباج وفرجيها مكفوفين فقالت هذه كانت عند عائشة حتى قبضت فلما قبضت قبضتها وكان النبي ﷺ يلبسها فنحن نغسلها للمرضى يستشفى بها، ينظر: صحيح مسلم: (٣/ ١٦٤١) رقم (٢٠٦٩) واللفظ له ومسند أحمد: (٦/ ٣٥٤) رقم (٢٧٠٣١) وسنن أبي داود: (٤/ ٤٩) رقم (٤٠٥٤)، وشرح معاني الآثار: (٤/ ٢٥٥)، ومصنف ابن أبي شيبة: (٥/ ١٥٥) رقم (٢٤٦٨٤)، ونصب الراية: (٤/ ٢٢٦)، ومعتصر المختصر: (٢/ ٢٨٧)، وخلاصة البدر المنير: (١/ ٢٣٢) رقم (٨٠٧).

(٤) لحمة الثوب: ما ينسج عرضاً بالفتح والضم وقال الكسائي بالفتح لا غير واللحمة بالضم القربة، ينظر: فتح المعين (٣/ ٣٩٣).

(٥) السدَّى: وزان الحصى من الثوب، خلاف اللحمة، وهو ما يمد طولاً في النسيج والسداة أخص منه، والتثنية سديان والجمع إسداء. ينظر: المصباح (١/ ٢٧١).

(٦) في (هـ): (ويفترشه).

(٧) الحديث: قال الزيلعي عنه "غريب جداً" وفي الدراية "لم أجده"، ينظر: نصب الراية: (٤/ ٢٧٧)، الحديث الثامن والدراية: (٢/ ٢٢١).

أبي يوسف معه والفقيه أبو الليث وأبي حنيفة، وقال الإمام الخسرawايني[١]: أن أكثر مشايخنا أخذوا بقول محمد؛ لأن ماله التجبر ذكره في "الجامع للمحبوبي"[٢] **(ويلبس ما سداه[٣] البريسم ولحمته غيره)**[٤] لأن الحكم إذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف إلى آخرها وجوداً واللحمة كذلك **(وعكسه في حرب فقط)** للضرورة وهو إيقاع الهيئة ودفع مضرة السلاح **(ولا يتحلى بذهب ولا فضة إلا بخاتم ومنطقة[٥] وحلية سيف منها ومسمار ذهب لثقب[٦] فص، وحل للمرأة كلها ولا يتختم بالحجر والحديد والصفر)** [أ١٥٥ظ] لكن يجوز إذا لم يكن الحلقة من الحجر **(وتركه)** أي ترك التختم **(لغير الحاكم أحب)** والحاكم سلطان كان أو قاضياً أو غيرهما [ب١١٩و] يحتاج إلى الختم [ز٢٧٨و] **(ولا يشد سنة بذهب بل بفضة)** هذا عنده، وقال محمد: لا بأس بالذهب أيضاً وذكر قول أبي يوسف[٧] مع كل[٨] منهما **(وكره إلباس الصبي ذهباً أو حريراً)** كما[٩] أن في الحرام كذلك فإن ما حرم شربه حرم إشرابه **(لا خرقة[١٠] لوضوء)** بفتح الواو بقية

(١) الخسرواني: لم أقف على ترجمته.

(٢) أصل الجامع الصغير للإمام محمد بن الحسن، ثم كل شيخ من مشايخ المذهب شرحه ويعرف شرح ذلك الشيخ بالجامع الفلاني، ومنهم الجامع للمحبوبي عبيد الله بن مسعود البخاري الحنفي (ت٧٤٧هـ). ينظر: طبقات الحنفية (١/ ٥٥٩) وكشف الظنون (١/ ٥٦١)..

(٣) في (هـ): (ما سواه).

(٤) يراجع المحيط للمزيد الشرح سواء مغلوباً أو غالباً أو مساوياً للحرير كالقطن والكتان والصوف.... الخ.

(٥) المنطق: كل ما تشد بواسطة والمنطقة اسم خاص، يراجع: نصب الراية: (٢/ ٢٣٣)، والدراية: (٢/ ٢٢٢).

(٦) في (ب): (الثقب).

(٧) قول أبي يوسف مثل قول محمد ذكر في الأصل، وذكر الكرخي في مختصره قول أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة فصار عن أبي يوسف روايتان: لهما أن عرفجة بن سعد أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفاً من فضة فأنتن فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتخذ أنفاً من ذهب، ولأبي حنيفة أن الحاجة تندفع بالفضة، فأما الأنف فما اندفعت الحاجة؛ لأنه أنتن. ينظر: شرح الجامع الصغير للكنوي (١/ ٤٧٧).

(٨) ينظر: الهداية: (٤/ ٣٦٥)، والاختيار: (٤/ ٤١٣).

(٩) (لها) لم ترد في (ب، ج).

(١٠) الخرقة: قال في الجامع الصغير (١/ ٤٧٥): وتكره الخرقة التي تحمل ويمسح بها العرق، إلا إذا كان شيئاً لا قيمة له، وكذا الخرقة التي يمخط بها، وكذا الخرقة التي يمسح بها الوضوء، وإنما يكره إذا فعل ذلك للتكبر، أما من فعل ذلك للحاجة فلا يكره. وفي البحر الرائق (٨/ ٢٠٨): نقلاً عن الكافي: لا بأس بخرقة الوضوء والمخاط وفي فتح المعين (٣/ ٣٩٤) لا يكره على حملها =

البلل من الوضوء عن الأعضاء **(أو مخاط)** وعند البعض يكره ذلك ؛ لأنه نوع يخبر والصحيح إنها إذا كانت للحاجة لا يكره، وإن كانت للتكبر يكره **(ولا الرتم)**[١] هو الخيط الذي [د٢٣٥و] يعقد على الإصبع أو على الخاتم لتذكر الشيء فعقده لا يكره؛ لأن فيه غرضاً صحيحاً [وهو التذكر][٢] فلا يكون عبثاً بخلاف شد الخيوط [و١٩٤و] أو السلاسل وغيرهما على بعض الأعضاء كما هو عادة بعض الناس فإنه مكروه لأنه عبث محض.

فصل [فصل في الانفراد واللمس والوطء][٣]

(ينظر الرجل من الرجل سوى ما بين سرته إلى ركبته) السرة ليست بعورة بخلاف الركبة وعند الشافعي على العكس**(ومن عرسه وأمته الحلال)** احترز بقيد الحلال عن الحرام كما إذا كانت مجوسية أو منكوحة أو للغير أو محرمة بالرضاع أو المصاهرة ؛ لأن إباحة النظر إلى الفرج مبنية على[٤] حل الوطء فينتفي [ج١١٠ظ] بانتفائه **(الى فرجهما ومن محرمية إلى الرأس والوجه والصدر والساق والعضد إن أمن شهوته وشهوتها)** لابد هذا [هـ٣٨١] أيضاً جرح في "الهداية"[٥] [فمن قصر على الأول فقد قصر][٦] **(وإلا فلا لا إلى الظهر والبطن والفخذ كأمة غيره)** فإن حكم أمة الغير حكم ألزم لضرورة رؤيتها في ثياب المهنة **(وما حل نظراً منهما حلَّ مساً وله مس ذلك إن أراد شراءها وإن خاف الشهوة)** هذا على ما ذكر في "الجامع[٧] الصغير" وبه أخذ القدوري في "المختصر" وذكر في "المبسوط" كل ما يباح النظر منها يباح مسه منها إذا امن الشهوة على نفسه وعليها **(وأمة بلغت لا تعرض في إزار واحد من الأجنبية إلى وجهها وكفيها فقط)** هذا في ظاهر

= لأن المسلمين قد استعملوه في عامة البلدان مناديل لذلك وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ولو حملها بلا حاجة يكره.

(١) في (هـ): (ولا الوليمة).
(٢) ما بين القوسين، لم يرد في (ب، ج).
(٣) الزيادة من (و).
(٤) في (ب،ج): (إلى).
(٥) ينظر: الهداية: (٤/ ٣٦٦).
(٦) ما بين القوسين لم ترد في (و).
(٧) في "الجامع الصغير" لم يفصل بين وجود الشهوة وعدمها سواء كان في النظر أو في المس حيث قال: أجل أراد أن يشتري جارية لا بأس بأن يمس ساقها وذراعها وصدرها، وينظر إلى صدرها وساقها مكشوفين، وقال مشايخنا: يباح النظر في هذه الحالة وإن اشتهى للضرورة ولا يباح المس إذا اشتهى أو كان أكثر رأيه ذلك لأنه نوع استمتاع، مجمع الأنهر: (٢/ ٥٤١)، وفي "الاختيار" (٤/ ٤٠٨).إذا أراد الشراء فانه يباح له النظر مع الشهوة دون المس.

الرواية وعن أبي حنيفة أنه يحل النظر إلى قدمها إذا لم يكن النظر عن الشهوة مما مر في كتاب الصلاة [ز٢٧٧ظ] أن القدم ليست بعورة ووجه الظاهر أن في الصلاة ضرورة ولا ضرورة في نظر الأجنبي إلى القدم بخلاف الوجه والكف **(وكذا السيدة)** فإنها في النظر إلى قدمها كالأجنبية في حق عبدها **(فإن خاف)** أي الشهوة **(لا ينظر إلى وجهها [ب١٢٠ظ] إلا لحاجة كقاض يحكم وشاهد يشهد عليها ومن يريد نكاح امرأة أو شراء[1] أمة ورجل يداويها)** طبيباً كان أو جراحاً فلأن هؤلاء يحل لهم النظر مع خوف الشهوة للحاجة **(فينظر إلى موضع مرضها بقدر الضرورة وتنظر [2]المرأة إلى المرأة كالرجل من الرجل إذا أمنت شهوتها والخصي والمجبوب والمخنث[3] في النظر إلى الأجنبية كالفحل ويعزل عن أمته بلا اذنها وعن عرسه به)** العزل أن يطاء فإذا قرب إلى الإنزال أخرج ولا ينزل في الفرج. [د٢٣٦ظ].

فصل في الاستبراء وغيره

(ومن ملك استمتاع أمة بشراء أو نحوه) كالوصية والإرث ونحوهما وإنما زاد قيد الاستمتاع احتراز عن أمة كانت تحت نكاح المشتري قبل الشراء فإنه لا تجب الاستبراء إذا اشتراها فإن سبب وجوبه حدوث ملك الاستمتاع بملك اليمين ذكره في "التحفة"[4] **(ولو بكراً أو مشرية من امرأة أو عبد)** لأنه لا يملك استمتاع مشريته وإن ملك رقبته[5] إذا كان مأذوناً مديوناً مستفرقاً **(أو محرمها)**[6] أي محرم الأمة لكن غير ذي رحم حتى لا تعتق عليه **(أو مال صبي)** اضاف الشراء إلى ماله لعدم صحته منه .**(حرم[7] عليه وطؤها ودواعيه حتى يستبرىء بحيضة فيمن تحيض ويشهر في ذات شهر وبوضع الحمل في [و١٩٧ظ] الحامل)** فإن الحكمة في

---

(١) اختلف في المس للشراء مع الشهوة فمنعه المتأخرون وبه جزم في الاختيار والخانية، ينظر: الدر المنتقى: (٢/ ٥٤١).

(٢) في (ب،ج): (وينظر).

(٣) المخنث: اي الردي من الفعال وهو أن يمكن غيره من نفسه؛ لأنه كغيره من الرجال بل هو من الفساق فيبعد عن النساء و إذا كان خنثى لتكسر ولين في أعضائه ولسانه ولا يشتهي النساء فقد رخص له بعض المشايخ، ينظر: حاشية الطحاوي على الدر المختار: (٤/ ١٨٦).

(٤) ينظر: تحفة الفقهاء (٢/ ١١٤).

(٥) في (هـ): (رقبتها).

(٦) في (ب،ج): (أو محرماً).

(٧) في (ب،ج): (وحرم).

الاستبراء تعرف براءة الرحم صيانة للماء والمحترم عن الاختلاط وذلك قول أبي حنيفة عند حقيقة الشغل [أو بماء محترم][١] أو توهمه لكنه أمر خفي فأدير الحكم على أمر ظاهر وهو استحداث الملك وإن كان عدم الوطء معلوماً كما في بعض الصور التي عدها بقوله، ولو بكراً الخ.

فإن حكمه[٢] [ج١١٠و] تراعى في الجنس [أ١٥٥و] لا في كل فرد[٣] ويرد [ز٢٧٧و] عليه أنهم ينكرون الفلاق الولد الواحد من مائين لعدم إمكان الاختلاط بينهما على ما فر في باب التدبير والاستيلاء فكيف بنوا ها هنا [هـ٣٨٢] حكمه الإستبراء على جوازه، وأما ما قيل أن الحكمة لا تراعى في كل فرد لكن تراعى في الأنواع المضبوطة فإذا كانت الأمة بكراً أو مشترية ممن لا يثبت نسب ولدها فيه ينبغي أن لا يجب؛ لأن عدم الشغل بالماء المحترم متيقن في هذه الأنواع؛ لأن احترام الماء يكون الولد ثابت النسب مندفع بأن يقال إن توهم الشغل ثابت في البكر وفي المشرية ممن لا يثبت نسب ولدها منه أما في الأول فلما مر وأما في الثانية فلما ذكر في "الكافي" أن المعتبر التوهم سواء كان من المالك أو من غيره [ب١٢٠و] لا يقال إذا كان الشغل من غير المالك كان من الزنا ونكاح المزنية ووطئها جائز بلا استبراء؛ لأن الشغل من غير المولى لا يلزم[٤] أن يكون من الزنا الجواز أن يكون بتزويج المالك لا بما قيل أنه إنما يثبت بقوله ﷺ: «من سبايا أوطاس ألا توطؤوا الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحبالى حتى يستبرئن بحيضة»[٥] فإن السبايا لا تخلوا من أن تكون فيها بكراً أو مسبية من امرأة ونحو ذلك ومع هذا [د٢٣٦و] حكم النبي ﷺ حكماً عاماً فلا يختص بالحكمة فإذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر أسباب الملك كذلك قياساً فإن العلة معلومة ثم تأيد ذلك بالإجماع؛ لأن الاعتراض المذكور ليس على الحكم حتى

---

(١) ما بين القوسين لم ترد في (هـ،و) وفي (ز): (أو توهمه بماء).

(٢) في (هـ): (الحكم).

(٣) (فرد): مكرر في (هـ).

(٤) (ب): (لا يلزم لا).

(٥) الحديث: من حديث أبي سعيد رضي الله عنه قال أصبنا سبايا يوم أوطاس، فقال رسول الله ﷺ: (لا يطأ رجل حاملاً حتى تضع ذات حمل حتى تحيض حيضة) ينظر: سنن أبي داود: (٢/ ٢٤٨)، رقم (٢١٥٧) واللفظ له والمستدرك: (٢/ ٢١٢) رقم (٢٧٩٠)، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، وسنن الدارمي: (٢/ ٢٢٤) رقم (٢٥٥)، وكتاب السنن: (٢/ ٣٨٣) رقم (٢٩٣٠)، وسنن الدارقطني: (٤/ ١١٢)، رقم (٣٤) وغيرها.

يندفع ببيان وجه بنوته عاماً بل على الحكمة بأنها لا تصلح حكمة لعدم إفرادها بحسب الأنواع المضبوطة.

(ولم تكف حيضة ملكها فيها ولا التي قبل القبض ولا ولادة كذلك ويجب[١] **في شراء أمة إلا شقصاً هو له)**؛ لأن الملك ثم له الآن والحكم يضاف إلى العلة[٢] القريبة[٣] **(لا عند عود الآبقة ورد المغصوبة والمستأجرة وفك المرهونة)** لأنه لم يوجد استحداث الملك [ز٢٨٠ظ] **(ورخص حيلة إسقاط الاستبراء عند أبي يوسف خلافاً لمحمد وأخذ بالأول إن علم عدم وطء بائعها في ذلك**[٤] **الطهر وبالثاني إن قربها وهي إن لم تكن**[٥] **تحته**[٦] **من تمنع نكاحها)** سواء كانت مرة أو ربع من الإماء **(أن ينكحها ثم يشتريها بعد تسليمها المولى إليه)** ذكر[٧] هذا القيد في الخانية[٨] ولابد منه كيلاً يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد والنكاح وإنما يسقط الاستبراء بما ذكر لأنه بالنكاح لاتجب ثم إذا اشترى زوجة لا يجب ايضاً **(وإن كانت أن ينكحها البائع)** أي[٩] أن كانت تحته مانعة[١٠] فالحيلة [و١٩٧و] أن ينكحها البائع رجلاً ثم يشتري المشتري ثم يطلق الزوج قبل الدخول فإنه لا يجب الاستبراء؛ لأنه اشترى منكوحة الغير ولا يحل وطؤها فلا استبراء وإذا طلقها [الزوج قبل الدخول [ج١١١ظ] حل للمشتري وحينئذ ثم يوجد حدوث الملك فلا استبراء **(والمشتري قبل قبضه ثم يقبض ثم يطلق الزوج)**][١١] أي ينكح المشتري قبل القبض رجلاً ثم يقبضها ثم يطلق الزوج فإن الاستبراء لا يجب بعد القبض إذ[١٢] حينئذ لا يحل وطئها لأنها منكوحة الغير [هـ٣٨٣] وإذا حل بعد طلاق الزوج لم يوجد حدوث المالك **(ومن فعل بشهوة إحدى دواعي الوطء)** [ب١٢١ظ] هي القبلة والمس بشهوة والنظر إلى فرجها بشهوة فلا حاجة إلى قيد بشهوة بل لا وجه له؛ لأنه غير معتبر في القبلة **(بأمنية لا تجمعان نكاحاً حرم عليه وطئها بدواعيه)**؛ لأن للدواعي[١٣] الوطء [وحكم الوطء][١٤] **(الوطء حتى**

---

(١) في (ب، ج): (ويجب).
(٢) (العلة) لم ترد في (هـ، ز).
(٣) في (هـ): (القريب).
(٤) في (أ): (ذا الظهر) وفي (ب،ج): (ذات).
(٥) (تكن) لم ترد في (أ)، وفي (ب،ج): (يكون).
(٦) في (ج،هـ): (ثمنه).
(٧) (ذكر) لم يرد في (ب،هـ).
(٨) ينظر: الفتاوى الخانية.
(٩) في (ب،ج،ز): (واذا).
(١٠) في (ب،ج): (مانع).
(١١) مابين القوسين لم ترد في (أ، و).
(١٢) (إذا) لم ترد في : (ب،جـ).
(١٣) في (ب): (دواعي) .
(١٤) ما بين القوسين، لم ترد في (أ، و).

يحرم[١] **أحدهما عليه)** بزوال ملكه عنها كلاً أو بعضاً وبدخولها تحت نكاح الغير لم يقل[٢] [د٢٣٧ظ] حتى يحرم أحديهما؛ لأن المعتبر حرمة أحديهما سواء كانت بفعل المولى وإلا كما إذا استولى الكفار عليها فخرجت عن ملكه لا بفعله[٣] **(وكره تقبيل الرجل وعناقه في إزار واحد وجاز مع قميصه كمصافحته)**[٤].

ذكر الطحاوي [٥] أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف : [ز٢٨٠و] لابأس بالتقبيل والمعانقة، وقالوا الخلاف فيما إذا لم يكن عليهما غير الإزار، واذا كان عليهما قميص أو جبة فلا بأس به بالإجماع، وقال صاحب "الهداية"[٦] : وهو صحيح واختاره المصنف وفي "الحقائق" : إذا كانت القبلة على [أ١٥٦ظ] وجه الجرأة دون الشهوة جاز عند الكل.

فصل في البيع

(وكره بيع العذرة[٧] **خالصة**[٨] **وصح في بيع الصحيح مخلوطة)** في "الهداية" هو المروي عن محمد وهو الصحيح [٩] **(كبيع السرقين)**[١٠] قال في "الحقائق"[١١] : يجوز بيع السرقين عندنا، وكرهوا بيع العذرة إلا إذا كان مغلوباً

---

(١) في (ب، ج): (تحريم). (٢) في (ب، ج): (يعمل).

(٣) في (و): (لا يفعل).

(٤) ما عزاه الشارح - رحمه الله تعالى - في شرح معاني الآثار (٤/ ٢٨١)فقد أخرج عن أم المؤمنين سيدتنا عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت : قدم زيد بن حارثة المدينة (أي من مكة مهاجراً)ورسول الله ﷺ في بيتي فأتاه فقرع الباب فقام إليه رسول الله ﷺ، والله ما رأيته عرياناً قبله فاعتنقه وقبله، ثم ذكر الإمام الطحاوي رحمه الله تعالى عن الشعبي: أن أصحاب النبي ﷺ وإذا قدموا من سفر تعانقوا، ثم ذكر عن أم الدرداء رضي الله عنها قالت: قدم علينا سلمان فقال: أين أخي (قلت: في المسجد، فأتاه فلما رآه اعتنقه، قال: فهؤلاء أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قد كانوا يتعانقون). في الدرر المختار (٦/ ٣٨٣): ولا بأس بتقبيل يد الرجل العالم والمتورع على سبيل التبرك، ونقل المصنف عن الجامع إنه لا بأس بتقبيل يد الحاكم والمتدين والسلطان العادل، وتقبيل رأسه، أي العالم كما في البزازية.

(٥) ينظر : مختصر الطحاوي: ص٤٣٨. (٦) ينظر : الهداية (٤/ ٣٧٤-ومابعدها).

(٧) العذرة: رجيع الآمي خالصة. ينظر : الدر المنتقى: (٢/ ٥٤٦)ومختار الصحاح (١/ ٢٠٢).

(٨) خالصة (يوف بها، لأن العادة انجر بالانتفاع بها وإنما ينتفع بها برماد وتراب يوثق من أي مصدر عدا، مجمع الأنهر. (٩) ينظر : الهداية: (٤/ ٣٧٥).

(١٠) السرقين: الزبل: ينظر : الدر المختار (٦/ ٣٨٥).

(١١) ينظر : تبيين الحقائق.

بالتراب، وعند الشافعي [(١)]: لا يجوز بيع شيء من الأنجاس **(والانتفاع بمخلوطتها لا بخالصتها)** قال في "التبيين": والصحيح عند أبي حنيفة أن الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز **(وجاز أخذ دين على كافر من[(٢)] ثمن خمر باعه[(٣)] بخلاف المسلم)** أي بخلاف دين على المسلم فإنه لا يؤخذ من ثمن خمرة لأن بيعه باطل فالثمن الذي أخذه حرام **(وإلا إذا وكله ذمياً)** فإنه يجوز توكيل المسلم ذمياً بيع خمرة عنده خلافاً لهما[(٤)] **(وتحلية المصحف)** بالرفع عطف على أخذ دين **(ودخول الذمي مسجداً)** أي مسجد كان، وقال مالك[(٥)]: يكره ذلك في كل مسجد، وقال الشافعي [(٦)]: يكره في المسجد الحرام لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا﴾[(٧)].

ولنا (ﷺ): [نزل وفد ثقيف في المسجد وضرب لهم خيمة فيه، فقالت الصحابة رضي الله عنهم المشركون نجس فقال ﷺ: «ليس على الأرض من نجاستهم وإنما نجاستهم على أنفسهم»][(٨)] المراد بالمنع عن قربأنهم المسجد الحرام المذكور في الآية منعهم عن الطواف لأنهم كانوا يطوفون بالبيت عراة وقيل: المراد بشارة [و١٩٨ظ] المسلمين بأن الكفار لا يتملكون من الدخول بعد عامهم هذا ولا يذهب عليك بأنه يأبى [ج١١١و] هذين الوجهين ترتيب النهي عن الضربان على كونهم نجساً فإن قلت [ز٢٧٩ظ]: أليس التقييد بقوله بعدي مهم هذا يأبى عن تعليل [ب١٢١ج] النهي المذكور بنجاستهم؛ لأن موجبة المنع عقيب النزول لا بعد زمان قلت لا؛ لأن موجبة المنع عن الدخول عند القدرة على المنع [هـ٣٨٤] وهي بعد [د٢٣٧و] العام المشار إليه وبهذا الاعتبار حصل البشارة بفتح مكة .**(وعبادته وإخصاء البهائم، وإنزاء الحمير على الخيل، والحفنة ورزق القاضي)**

---

(١) ينظر: النكت (١/ ٣٨٠).

(٢) (من): لم ترد في (ب، جـ). (٣) (باعه) لم ترد في (د، هـ، و).

(٤) الفرق أن البيع في الوجه الأول قد بطل؛ لأن الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على عاتق المشتري فلا يحل أخذه من البائع، وفي الوجه الثاني صح البيع؛ لأنه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيمل الأخذ منه، ينظر: الهداية: (٤/ ٣٧٦).

(٥) ينظر: المالكية.

(٦) ينظر: أحكام القرآن للشافعي (٢/ ٦٢) وتفسير الطبري (١٠/ ١٠٥) وأحكام القرآن للجصاص (٢/ ٢٩٤) وتفسير القرطبي (٨/ ١٠٥) وزاد المسير (٣/ ٤١٧).

(٧) التوبة: الآية (٢٨).

(٨) ما بين القوسين، لم ترد في (ب، جـ).

أي من بيت المال إذا كان بيت المال حلاً لا جمع بحق وفي التعبير بالرزق إشارة إلى أنه مقدر بقدر الحاجة في كل زمان ثم إنه[(١)] إن كان شرطاً كالأجرة فحرام؛ لأن القضاء أعظم الطاعات فإذا بطل الاستيجار على سائرها فعلى هذا أحق وإن كان كفاية ومؤنة كالنفقة فلا بأس به لأنه محبوس بحقوق المسلمين والحبس من أسباب النفقة في النكاح والعدة في "الكافي" **(وسفر الأمة وأم الولد بلا محرم فإن مس أعضائهما في الإركاب)** كمس أعضاء المحارم، وقالوا هذا في زمانهم الغلبة أهل الصلاح، فأما في زماننا فلا لغلبة أهل الفساد وبه يفتى **(وشراء ما لابد منه للطفل وبيعه لأخ وعم وأم وملتقط هو في مجرهم وإجارته لأمه فقط)** فإن الأم تملك إتلاف[(٢)] منافعه بغير عوض بالاستخدام فلأن تملكها إتلافها بعوض لا لإجارة أولى وكذلك غيرها **(وبيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمراً)** لأن العصير بعينه ليس بالة[(٣)] الفساد وإنما يكون بعد تغيره بخلاف السلاح فإن عينه للشراء بلا تغبير فيكره بيعه من أهل الفتنة **(وحمل خمر ذمي بأجر)** وقالا: لا يجوز ولا يحل الأجر **(وإجارة بيت في الولد ليتخذ بيت نار أو كنيسة أو بيعة)** الأول معبد اليهود والثاني معبد النصارى، وذكر في "الصحاح" ومن ظن عكس هذا فقد سهى **(أو يباع فيه الخمر)** التخلل فعل الفاعل المختار، وقالا: لا ينبغي أن يكريه لشيء من ذلك؛ لأنه إعانة على المعصية وإنما قيد به بالسواد لا؛ لأن الإجارة المذكورة لا يجوز في الأمصار[(٤)] [ز٢٧٩و] اتفاقاً كما توهم بل لأنهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس وإظهار بيع الخمور في الأمصار لظهور شعائر الإسلام فيها بخلاف السواد **(وفي سوادنا لا يمتلكون منها في الأصح)** قالوا ما ذكره أبو حنيفة ﷺ كان في سواد الكوفة؛ لأن غالب أهلها أهل الذمة، فأما في سوادنا فإعلام [أ١٥٦و] الإسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها أيضاً وهو الأصح **(وتحليل أمة اشتراها محرمة بالإذن)** أي بأن المالك إنما قيد به إذ لا عبرة لاحرامها إذا لم يكن. [ب١٢٢ظ] **(باذنه بالوطء والأولى أن يحللها بالقص أو التعلم)** أي بقص شعرها أو قلم ظفرها [د٢٣٨ظ] [ج١١٢ظ] **(وبيع بناء بيوت مكة، وتقييد العبد، وقبول هديته تاجراً أو إجابة دعوته واستعارة[(٥)] دابته)** [و١٩٨و] وفي القياس لا يجوز،

---

(١) في (هـ): (عنده).

(٢) في (ب): (إتلافه).

(٣) في (هـ): (لآلة).

(٤) في (ب،ج): (بالأمصار).

(٥) في (ب،ج): (دعوه واستعان).

وجه الاستحسان: أنه ﷺ قبل هدية[١] سلمان[٢] وهو عبد وبريرة[٣] رضي الله عنها **(وهي مكاتبة وكره كسوته ثوباً وإن يهديه النقدين)**[٤] أي: كره أن يكسو العبد غيره ثوباً وأن يهديه النقدين **(واستخدام الخصي)** لأنه حث على اخصاء الإنسان [هـ٣٨٥] وهو غير جائز **(وإقراض بقال شيئاً على أن يأخذ منه ما شاء)** يعني إقراضه بهذا الشرط؛ لأنه قرض جر نفعاً وإنما قلنا بهذا الشرط؛ لأنه لولا الاشتراك لكان وديعة فحينئذ لا يكره على ما ذكره في الهداية **(واللعب بالشطرنج والنرد وكل لهو)** وعند الشافعي رضي الله عنه: يباع مجرد اللعب بالشطرنج؛ لأن فيه تشحيذ الخاطر لكن يشترط أن لا يكتب الكفر[٥] عليه بل يلعب به في الأحايين ذكره في "العمدة"[٦] و"الحقائق"[٧]: فلا يرد عليه وقيل هو منظمة فوت الصلاة وتضييع واستيلاء الكفر[٨] الباطل[٩] حتى لا يحس بالجوع والعطش فكيف بغيرهما **(وجعل الغل في عتق عبده وبيع أرض مكة وإجارتها)**؛ لأن مكة حرم، وقالا: يجوز؛ لأن أرضها مملوكة **(وقوله في دعائه بمعقد العز من عرشك)** في المسألة عبارتان فقعد ومعقد ولا شك في كراهية الثانية؛ [لأنه من العقود[١٠] لأنه من العقود كذا الأولى لإسهامه تعلق عزته تعالى بالعرش وعند أبي يوسف رضي الله عنه يجوز الأول للدعاء

---

(١) حديث سلمان، صحيح ابن حبان: (١٦/ ٦٥) المستدرك (٣): (٦٩٦) سنن الدارمي: (١/ ٤٦)، وسنن البيهقي الكبير: (٧/ ٣٩)، ومصنف ابن أبي شيبة: (٧/ ٤٤١)، ومسند البزار: (٧/ ٤٦٥)، وأبو نعيم في دلائل النبوة والخطيب في تاريخه: (١/ ١٦٤) والذهبي في السير: (١/ ٥٠٦)، وابن هشام في سيرته: (١/ ٢٢٨).

(٢) هو: أبو عبد الله الفارسي، ويقال له سلمان ابن الإسلام، وسلمان الخير، أصله من رامهرمز وقيل من أصبهان، وكان قد سمع بأن النبي ﷺ سيبعث فخرج في طلب ذلك فأسر وبيع بالمدينة واشتغل بالرق حتى كان أول مشاهده الخندق، وشهد بقية المشاهد وفتوح العراق وكان عمره ٢٥٠سنة وقيل ٣٥٠سنة، مات سنة (٣٦هـ) في آخر خلافة عثمان بن عفان رضي الله عنه، وقصة إسلامه مشهورة كما نقلتها كتب السير والتأريخ والأدب. ينظر: الطبقات الكبرى (٦/ ١٦). ومشاهير علماء الأمصار (١/ ٤٤) رقم (٢٧٤). وصفة الصفوة (١/ ٥٢٣). والاصابة (٣/ ١٤١)رقم (٣٣٥٩).

(٣) بريرة: سبق التعريف بها.

(٤) في (أ، ب، ج): (نقدين).

(٥) في (و): (والكفر).

(٦) العمدة في فروع الشافعية: للإمام أبي بكر محمد بن أحمد الشاشي الشافعي (ت٥٠٧هـ) مختصر صنفه لعمدة الدين والد المستظهر، وهو المسترشد الخليفة الفضل المتوفى سنة (٥٢٩هـ) وله شروح كثيرة.ينظر كشف الظنون (٢/ ١١٦٩).

(٧) (الحقائق)، لم ترد في (ج).

(٨) في (أ): (الكفر).

(٩) (الباطل): لم ترد في (و).

(١٠) في (هـ): (لا يحل).

المأثور][1] [ز٢٨٢ظ] **(وبحق رسلك وأنبيائك)** اذ لاحق لأحد على الله تعالى **(وتعشير المصحف[2]، ونقطة إلا للعجم فإنه حسن لهم[3] واحتكار لهم واحتكار قوت البشر والبهائم في بلد يضر بأهله)** الاحتكار المنهي في الأشياء التي هي قوت الناس والبهائم قول أبي حنيفة ومحمد وعليه الفتوى كذا في "الكافي" وعند أبي يوسف رضي الله عنه ما أخر بالعامة حبسه فهو احتكار وعن محمد رضي الله عنه لا احتكار في الثياب ومدة الحبس قبل مقدرة بأربعين يوماً وقيل بالشهر وهذا في حق المعاقبة في الدنيا لكن يأثم وإن قلت المدة ويجب أن يامر القاضي يبيع ما فضل عن قوته وقوت أهله فإن لم يفعل عذر والصحيح أن القاضي يبيع أن امتنع اتفاقاً **(لا غلة أرضه ومجلوبة من بلد آخر)** هذا عنده، وعند أبي يوسف رضي الله عنه: كل ذلك مكروه وعند محمد رضي الله عنه كل ما يجب منه إلى المصر غالباً فهو في حك مالمصر **(ولا يسعر[4] حاكم)** هو من سعر النار إذا رفعها؛ لأن السعر يوصف بالارتفاع من الفائق **(الا إذا تعدى الأرباب عن القيمة فاحشاً فيسعر بمشورة أهل الرأي)** وقال مالك رضي الله عنه[5] [ب١٢٢و]: على [د٢٣٨و] الوالي والتسعير[6] عام الغلا ولم يشترط المشرط المذكور.

---

(١) ما بين القوسين، مكرر في (ب).
ويراجع مجمع الزوائد: (١/ ١٢٥)، والمعجم الكبير: (٢٥/ ١٢)، والدراية: (٢/ ٢٣٩).

(٢) تعشير المصحف: وهو أن يجعل على كل عشر آيات من القرآن الكريم علاقة، وقول ابن مسعود جردوا القرآن فذلك في زمانه لأنهم كانوا يتلقونه عنه صلى الله عليه وسلم وللمزيد، ينظر: شرح الكنز: (٣/ ٤٠٧).

(٣) العجمي الذي لا يحفظ القرآن ولا يقدر على القراءة إلا بالنقط فأنه حسن خصوصاً في هذا الزمان فالمروي مخصوص بزمانهم كانوا يتلقونه عن النبي ﷺ كما أنزل وكانت القراءة سهلة عليهم لكونهم أهلاً فيرون النقط فملاً لحفظ الأعراب والتعشير مخلاً لحفظ الآي ولا كذلك العجمي وعلى هذا لا بأس يكتب رسامة السور وعدد الآي فهو وإن محدثاً فمستحسن، ينظر: مجمع الأنهر: (٢/ ٥٥٤).

(٤) في (و،ج،ز،أ): (ولا يسقر)، وفي (د،هـ): (الحاكم).

(٥) ينظر: الكافي (١/ ٣٦٠). والتاج والإكليل (٤/ ٣٨٠).

(٦) ينظر: في (هـ، و): (السعر).

كتاب إحياء الموات

الحياة نوعان إحساسه ونامية والمراد ها هنا النامية من فوائد خواهر زاده وفي "الخلاصة" [ج١١٢و]، وتفسير إحياء الموات أن يبنى عليها أو يغرس أو يكريها أو يسقيها (**هي أرض بلا نفع لانقطاع مائها أو غلبته**[١] **عليها ونحوهما**) كما إذا نزت أو صارت سبخة[٢] (**عادية**) أي قديم خرابها كأنها ضربت في عهد عاد (**أو مملوكة في الإسلام لا يعرف مالكها بعيدة من العامر لا يسمع صوت** [و١٩٩ظ] **من أقصاها**)[٣] وعند محمد ما كان مملوكاً لمسلم[٤] أو ذمي لا يكون مواتاً فإذا لم يعرف مالكها يكون لعامة المسلمين ولو ظهر مالكها ترد إليه ويضمن نقصان الأرض والبعد عن العامر شرطه أبو يوسف خلافاً لمحمد [هـ٣٨٦] (**من أحيا**[٥] **ملكه إن أذنه الإمام ولو ذمياً وإلا**) أي وإن لم يأذن الإمام [ز٢٨٢و] (**فلا**) وعندهما: أذن الإمام ليس بشرط (**ولم يجز إحياء ما عدل عنه الماء وجاز عوده وإن لم يجز**) أي عود الماء (**جاز ومن حجر أرضاً**) التحجير الأعلام سمى به لأنهم كانوا يعملون بوضع الأحجار حوله [أ١٥٧ظ] أو يعلمونه[٦] بحجر غيرهم عن أحيائها (**ولم يعمرها ثلاث سنين دفعها الإمام إلى غيره**) عن محمد أن كريها وسقاها فهو تعمير وإحياء وإن فعل أحدهما فهو تحجير لا تعمير (**ومن حفر بئراً في موات بالإذن**[٧] **فله حريمها للعطن والناضح**) العطن مناخ الإبل ومبركها حول البئر وبئر العطن التي ينزح الماء منها باليد؛ والناضح: البعير الذي يستقى به وبئر الناضح التي ينزح الماء منها بالبعير كذا في[٨] "المغرب" (**أربعون ذراعاً**) وإن كان للناضح فستون ذراعاً من كل جانب في الصحيح كذا في "الهداية"[٩] و"الكافي"

---

(١) في (ب، جـ): (غلبة).

(٢) السبخة: أرض ذات ملح ونز، وجمعها سباخ والسبخة الأرض المالحة، وهي التي تسوخ الأقدام فيها. ينظر لسان العرب (٢/ ٢٤) والمصباح (١/ ٢٦٣).

(٣) في (ب، جـ): (أقصاه): يراجع الذخيرة.

(٤) في (أ، هـ، و): (كالمسلم).

(٥) في (ب، جـ): (أحياء).

(٦) في (أ): (ويعلمونه).

(٧) في (ب، جـ): (بإذنه).

(٨) ينظر: المغرب (٢/ ٦٨).

(٩) ينظر: (الهداية) (٤/ ٣٨٦).

وغيرهما واحترز عما قيل: أن المراد أربعون ذراعاً من الجوانب الأربعة[(١)] **(وللعين خمسمائة كذلك)** أي كل جانب والذراع هو المكسرة وهو ست قبضات وكل ذراع الملك سبع فكسر منه قبضة **(ومنع الغير من الحفر فيه إلا فيما وراءه وله)** أي للذي حفر في منتهى حريم الأول **(الحريم من ثلاثة جوانب دون الآخر)** أي دون الجانب[(٢)] الآخر لسبق ملك الحافر الأول **(وللقناة)** هي مجرى الماء تحت الأرض **(حريم بقدر ما يصلحها)** وعن محمد أنه بمنزلة البئر في استحقاق إليهم، وقيل هو عندهما، وعنده [د٢٣٩ظ] لا حريم لها ما لم [ب١٢٣ظ] يظهر الماء على الأرض؛ [لأنه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الأرض هو بمنزلة][(٣)]، عين فواره[(٤)] فيقدر صريحة خمسمائة ذراع .**(ولا حريم** [(٥)] **لنهر في أرض غيره إلا بحجة)**[(٦)] وعندهما له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها الطين وكذا في أرض موات **(فمسناة**[(٧)] **بين نهر رجل وأرض الآخر وليست مع أحد)** أي ليست في يد [ز٢٨١ظ] أحديهما بأن لم يكن لواحد منهما عليه غرس ولا طين ملقى وإنما قال هذا؛ لأنه إن كان فهو لصاحب المشغل [ج١١٣ظ] **(لصاحب الأرض)** وقالا[(٨)]: لصاحب النهر حريم لملقى طينة وغير ذلك عن أبي يوسف: أن حريمه متدار نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد مقدار بطن النهر وهذا أرفق بالناس كذا في "الهداية"، [والله أعلم][(٩)].

فصل [فصل في الشرب]

(الشرب) في اللغة النصيب من الماء وفي الشريعة **(نوبة الانتفاع بالماء سقياً**

---

(١) لأن ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الأربعة؛ لأن الأراضي الرخوة يتحول الماء إلى ما يحفر دونها فيؤدي إلى اختلاف حقه، ينظر: الهداية (٤/ ٣٨٣)، ومجمع الأنهر: (٢/ ٥٥٩).

(٢) في (و): (الجوانب).

(٣) ما بين القوسين لم ترد في (هـ،و).

(٤) في (و): (العين الفوارة).

(٥) حريم النهر فهو مجرى الكبير لا يحتاج إلى الكري في كل حين في أرض الغير إلا بحجة أي في كل من كان له نهر في أرض غيره فليس له حريم عند الإمام إلا أن يقيم بينة على ثبوت الحريم له، ينظر: مجمع الأنهر: (٢/ ٥٦٠).

(٦) في (ب،ج): (لحجة).

(٧) المسناة: حفيرة تبنى للسيل لترد الماء، وسميت مسناة؛ لأن فيها مفاتح الماء بقدر ما يحتاج إليه مما لا يغلب مأخوذ من قولك سنيت الشيء والأمر إذا فتحت وجهته. ينظر: لسان العرب (١٤/ ٤٠٦).

(٨) ينظر: الهداية: (٤/ ٣٨٨).

(٩) ما بين القوسين زيادة من (و).

للزرع والدواب) ذكره في "المغرب"[١] **(والشفة شرب ابن آدم والبهائم، ولكل حقها في كل ماء لم يحرز بإناء أوجب وسقى أرضه من البحر، ونهر عظيم كدجلة ونحوها، وشق نهر لأرضه منها أو لنصب الرحى إن لم يضر بالعامة لا لسقي**[٢] **دوابه إن خيف تخريب النهر لكثرتها وأرضه)** بالجر عطف على دوابه [ج١٩٩و] **(وشجرة**[٣] **في نهر غيره وقناته**[٤] **وبئره إلا بإذنه وله سقي شجر** [هـ٣٨٧] **أو خضر في داره بجراره**[٥] **في الأصح**[٦]**، وكري نهر لم يملك من بيت المال فإن لم يكن فيه شيء فعلى العامة)** فيجبر الإمام الناس على كري إن امتنعوا عنه **(وكري نهر ملك على أهله من أعلاه لا على أهل الشفة ومن جاوز من أرضه بري)** أي كل شريك جاوز الذين يكرؤن النهر عن أرضه لم يكن عليه كرب باقي النهر، وقالا: عليهم كريه من أوله إلى آخره بالحصص[٧] **(وصح دعوى الشرب بلا أرض)** هذا استحسان والقياس: أن لايصح؛ لأنه مجهول جهالة لا تقبل الإعلام، ووجه الاستحسان أنه يمكن أن يملك[٨] بغير أرض[٩] بالإرث والوصية وقد يبيع[١٠] الأرض دون الشرب فيبقى له الشرب وحده وهو مرغوب فيه فتصح[١١] الدعوى **(وإن اختصم قوم في شرب بينهم قسم بقدر**[١٢] **أراضيهم ومنع الأعلى منهم من سكر النهر، وإن لم يشرب بدونه إلا برضاهم وكل منهم من شق النهر منه ونصب**

---

(١) ينظر: المغرب (١/ ٤٣٦).

(٢) في (ب،ج،و،ز): (ولا)، وفي (هـ): (السقي).

(٣) في (ج): (وشجر).

(٤) في (ب،ج): (وقناته).

(٥) في (ب): (بجرارو).

(٦) لأن الناس يتوسعون فيه، ويعدون المنع من الدناءة.

(٧) ينظر: (الهداية): (٤/ ٣٩٠).

(٨) في (هـ): (يملكه).

(٩) في (ب،ج): (أرضهم) وفي (و): (أرضه).

(١٠) وبيانه: أن الشركاء في النهر إذا كانوا عشرة مثلاً فعلى كل واحد منهم عشر مؤنة الكري، فإذا جاوز عن أرض أحدهم فعلى كل من الباقين تسعها وإذا تجاوز عن أرض الأخرى فعلى كل واحد منهم ثمنها هذا عند الإمام، وقالا: على كل منهم أعشار من أول الكري إلى آخره؛ لأن لصاحب الأعلى حقاً في الأسفل لاحتياجه إلى تسبيل ما فضل من الماء فيه، وله أن المقصد من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الأعلى فلا يلزمه انقاع غيره يراجع، فتح القدير: (٨/ ١٤٧)، وصاحب الهداية: (٤/ ٣٩٠)، ومجمع الأنهر: (٢/ ٥٦٥).

(١١) في (و): (فيصح).

(١٢) في (ب،ج): (بمقدار).

الرحى[١] **أو دالية**[٢] **أو جسر عليه بلا إذن شريكة الأرض وضع في ملكه)** بأن يكون بطن النهر [ز٢٨١و] وجانباه ملكاً له وللآخر حق السبيل [د٢٣٩و] **(ولا يضر بالنهر ولا بالماء، ومن توسيع فم النهر ومن القسمة بالأيام وقد كانت بالكوى)** جمع كوة [ب١٢٣و] وهي روزن[٣] البيت استعيرت للثقب التي[٤] يثقب[٥] بالخشب ليجري الماء فيه إلى المزارع والجداول وإنما يمنع؛ لأن القديم يترك على قدمه **(ومن سوق شربه إلى أرض أخرى له ليس لها منه شرب)**؛ لأنه إذا تقادم العهد يستدل به [أ١٥٧و] على أنه حق تلك الأرض **(والشرب يورث ويوصي بالانتفاع ولا يباع ولا يؤجر ولا يوهب ولا يتصدق ولا يجعل مهراً وبدل صلح، ولا يضمن من ملأ أرضه فترت أرض جاره أو غرقت ولا من سقى من شرب غيره)** قال الإمام البزودي : رجل أتلف شرب إنسان بأن سقى أرضه بشرب غيره ضمن وتفسير ضمان الشرب على ما ذكره الإمام السرخسي [ج١١٣و] في "المبسوط"[٦] أنه ينظر بكم يشتري لو كان بيعه جائزاً، وقال الإمام المعروف بخواهر زاده: لا يضمن وعليه الفتوى كذا في "الخلاصة".

---

(١) الرحى: الحجر العظيم، وهي التي يطحن بها، والجمع: أرح، ورحى الحرب حومتها ودارت عليها. ينظر: المغرب (١/ ٢٩٨) ولسان العرب (١٤/ ٣١٢) والمصباح (١/ ٢٢٣).

(٢) الدالية: شيء يتخذ من حوص وخشب يستقى به بحبال تشد في رأس جذع طويل تديرها البقرة والناعور يديرها الماء. ينظر المغرب (١/ ٢٩٣) ولسان العرب (١٤/ ٢٦٦).

(٣) روزن: والروزنة، الكوة، معرب، وفي المحكم: الخرق في أعلى السقف. ينظر: المغرب (١/ ٣٢٩) ولسان العرب (١٣/ ١٧٩).

(٤) في (هـ): (الذي).

(٥) في (ب، جـ): (تثقب).

(٦) ينظر: المبسوط (٢٣/ ٢٠٢).

كتاب الأشربة

(الشراب) في اللغة: اسم الكل ما يشرب من المائعات، وفي اصطلاح الفقهاء: **(ما حرم شربه وكان مسكراً حرم الخمر وهي التي من ماء العنب[1] إذا[2] غلا واشتد)** هذا الاسم خص بهذا الشرب بإجماع أهل اللغة[3]، وقال بعض الناس[4]: هو اسم لكل مسكر [لأنه مشتق من مخامرة الفعل وهو موجود في كل مسكر][5]، قلنا إنما سمي خمراً لتخمره لا لمخامرته العقل ولو سلم أنها[6] لمخامرته ولكن وضعها شخص لا نوعي كالنجم فإنه اسم خاص بالكواكب[7] لا لكل[8] ما ظهر وإن كان التسمية باعتبار معنى الظهور هذا ما هو الظاهر من "الهداية" وأما ما قيل قبل أن اللغة لا يجري [و٢٠٠ظ] فيها القياس ولا تجري ها هنا لما عرفت أن متمسك الخصم غير هذا **(وقذف بالزبد)** وعندهما إذا اشتد أي صار مسكراً لا يشترط قذف الزبد [ز٢٨٤ظ] ثم أن عينها [هـ٣٨٨] حرام **(وإن قلت)** ومن الناس من قال السكر منها حرام لا عينها وهو مردود بأن الله تعالى سماها رجساً وعليه إجماع الأمة. ثم أنها نجس نجاسة غليظة كالبول، ويكفر مستحلها، وسقط تقومها في حق المسلم لا ماليتها عنها، ويحرم الانتفاع بها، ويحد شاربها، وإن لم يسكر ولا يؤثر فيها الطبخ ويجوز تخليلها خلافاً للشافعي[9] هذه عشرة أحكام[10] **(كالطلاء وهو ماء عنب طبخ فذهب أقل من**

---

(١) في (ب، جـ): (عنب).

(٢) (إذا) زيادة من (أ).

(٣) ينظر: لسان العرب (٢/ ١٢٥٩).

(٤) (الناس) لم ترد في (ب، ج).

(٥) ما بين القوسين لم ترد في (و).

(٦) في (ب، ج): (أنه).

(٧) في (هـ): (الكواكب).

(٨) في (أ): (لان كل).

(٩) ينظر: المجموع (٢/ ٥٣٠).

(١٠) أن الكلام عن الخمر في هذه المواضع، وهي:-

الأول: في بيان مائيتها، وهي النيء من ماء العنب و إذا صار مسكراً.

الثاني: أريد به بيان الحكم.

الثالث: أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه.

الرابع: أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها لدلائل القطيعة.

الخامس: إنه يكفر مستحلها لإنكاره الدليل القطعي.

السادس: سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها، ولا يجوز بيعها. =

ثلثيه)[١] هذا على وفق ما في "الهداية" وقال صاحب "التحفة" [٢]: «أنه اسم لمثلث وهو المطبوخ من ماء العنب [د٢٤٠ظ] بعدما ذهب ثلثاه وبقي الثلث وصار مسكراً» وما طبخ من ماء العنب منه أقل من الثلثين وصار [ب١٢٤ظ] مسكراً اسمه الباذق[٣] ويوافق هذا ما في الحقائق **(وغلظا نجاسته ونقيع التمر)** لم يقل أي السكر؛ لأن السكر هو النيء من ماء الرطب بعدما غلا واشتد وقذف بالزبد عنده، وعندهما: إذا غلا وإن لم يسكن غليانه ذكره في التحفة **(ونقيع الزبيب نيين إذا غلت واشتدت)** الضمير يرجع إلى الطلاء ونقيع الزبيب وعند الأوزاعي[٤] الطلاء مباح وكذا نقيع الزبيب وعند شريك[٥] السكر مباح لقوله تعالى: ﴿تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا﴾[٦]، قلنا: توصيف المعطوف بالحسن لا يخل عن الدلالة على أن في المعطوف بالحسن لا يخل عن الدلالة على أن في المعطوف عليه قبحاً فهو لنا لا علينا فإن قلت: أليس فيه امتناناً قلت: نعم إلا أنه مثوب بالتوبيخ ثم أن

= السابع: حرمة الانتفاع بها؛ لأن الانتفاع بالنجس حرام، ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب.

الثامن: أن يحدث ربها وأن يسكر منها.

التاسع: أن الطبخ لا يؤثر فيها؛ لأنه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها إلا أنه لا يحد فيه ما لم يسكر منه.

العاشر: جواز تحليلها، ينظر: الهداية: (٤/ ٣٩٣-٣٩٧).

(١) في (ب،ج): (ثلثيها).

(٢) ينظر: تحفة الفقهاء: (٣/ ٣٢٦).

(٣) في (ز): (البازق)، والباذق: الخمر الأحمر، بكسر الذال وفتحها ما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة فصار شديداً. ينظر: لسان العرب (١٠/ ١٤) والمصباح المنير (١/ ٤١) والقاموس المحيط (١/ ١١١٨).

(٤) هو: أبو عمرو عبد الرحمٰن بن يحمد الأوزاعي إمام أهل الشام، لم يكن بالشام اعلم منه، والاوزاع، هي بطن من ذي الكلاع من اليمن، وقيل: بطن من همدان، وقيل: قرية بدمشق، ولد سنة (٨٨هـ) بعلبك توفي سنة (١٥٧هـ)، وكان يسكن بيروت ودفن فيها وقبره مشهور يزار. ينظر: مشاهير علماء الأمصار (١/ ١٨٠) رقم (١٤٢٥) وطبقات الفقهاء (١/ ٧١) ووفيات الأعيان (٣/ ١٢٧) رقم (٣٦١) والنجوم الزاهرة (٢/ ٣٠) وشذرات الذهب (١/ ٢٤١).

(٥) وهو: أبو عبدالله شريك بن عبدالله بن أبي شريك النخعي الكوفي، ولد ببخارى سنة (١٩٥هـ) ومات بالكوفة سنة (١٧٧هـ)، وولي القضاء بالكوفة أيام المهدي ثم عزله موسى الهادي، أدرك عمر بن عبد العزيز، قدم بغداد مرات وحدث بها. ينظر: مولد العلماء ووفياتهم (١/ ٤٠٣) وتاريخ بغداد (٩/ ٢٧٩) رقم (٤٨٣٨) ووفيات الأعيان (٢/ ٤٦٤) رقم (٢٩١).

(٦) النحل: آية: (٦٧).

الخلاف بينه وبين صاحبيه كالخلاق في الخمر .(**وحرمة الخمر قطيعة فيكفر مستحلها فقط وحل المثلث العنبي المشتد)**[١] وهو ما طبخ من ماء العنب حتى يذهب ثلثاه ويبقى الثلث وهو حلال عند الكل مادام حلوا فإذا نملا واشتد وقذف [ج١١٤ظ] بالزبد فكذلك عند الشيخين[٢]، وقال محمد: قليله وكثيره حرام، وهو قول الشافعي[٣] والقدح المسكر منه بيقين أو غالب الرأي حرام عندهم وهذا الخلاف فيما[٤] قصد به استمرار الطعام والتداوي والتقوى على إطاعة الله تعالى أما المسكر منه حرام، سئل أبو حفص[٥] الكبير [ز٢٨٤و] عن هذا فقال: لا يحل شربه فقيل له خالفت[٦] الشيخين فقال لا لأنهما يحلان للاستمرار الطعام والناس في زماننا يشربون للفجور والتلهي وشربه اللهو لا يحل إجماعاً كذا في "الحقائق"[٧] [أ١٥٨ظ] **(ونبيذ التمر والزبيب مطبوخاً أدنى طبخه وإن اشتد إذا شرب ما لم يسكر لا لهو وطرب)** لأي إنما يحل هذه الأشربة إذا شرب لا لقصد للهو والطرب بل للتقوى ولم[٨] يبلغ حد السكر **(والخليطان)** هو أن يجمع [و٢٠٠و] بين ماء التمر والزبيب ويطبخ أدنى طبخه ويترك إلى أن يغلى ويشتد هذا أيضاً يحل بلا لهو وطرب **(ونبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة وإن لم يطبخ بلا لهو وطرب، وخل الخمر ولو بعلاج)** أي بإلقاء شيء فيها كالملح والخل، وقال الشافعي [٩]: أن التخليل إذا كان بإلقاء شيء [هـ٣٨٩] فيها لا يحل الخل قولاً واحداً وإن كان بدونه ففيه قولان **(والانتباذ في الدباء)** هو القرع **(والحنتم)** [د٢٤٠و] هو الجرة الخضراء **(والمزفت)** هو الظرف [ب١٢٤و] المطلي بالزفت **(والنقير)** هو الظرف الذي يكون من الخشب المنقور اعلم أن هذه الظروف كانت مختصة بالخمر فلما حرمت الخمر حرم النبي ﷺ استعمال هذه الظروف لا[١٠]؛ لأن فيه تشبهاً بشرب الخمر وإلا لما أبيح بعد زمان لا؛ لأنه كان فيها أثر الخمر

---

(١) في (ج، هـ): (مشتد).
(٢) في (و): (خلا قال).
(٣) ينظر: الهداية: (٤/ ٤٠٠).
(٤) في (ز، و، هـ): (فيما إذا قصد الاستمرار).
(٥) في (هـ، و، ز): (بدلها أبو جعفر).
(٦) (به): لم ترد في (هـ، و، ز).
(٧) في (هـ): (أبو جعفر)، وأبو حفص هو يعرف، وقال قاضي حازم بقولهما.
(٨) في (ب، ج، هـ، و): (مخالفة).
(٩) ينظر: تبيين الحقائق.
(١٠) عن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ (أنه نهى عن المزفت والحنتم والنقير، قال، قيل لأبي هريرة ما الختم (قال: الجرار الخضراء. ينظر: صحيح مسلم (٣/ ١٥٧٧) رقم (١٩٩٢) و(١٩٩٣) وسنن النسائي (٨/ ٢٩٧) رقم (٥٥٨٩) ونصب الراية (٢/ ٢٥٢) رقم (٩٩٢)و (٩٩٣) .

وإلا لكان الحكم مخصوصاً بما دخل فيه الخمر بل تشديد أو تغليظ في باب تحريم الخمر في الابتداء ليتركه الناس مدة فلما مضى مدة أباح النبي ﷺ استعمال هذه الظروف[١]؛ لأن الناس تركوا شرب الخمر واستقر الأمر فزال التشديد بعد حصول المقصود **(وكره شرب دردي[٢] الخمر والأمشاط به)** وكره الانتفاع به مطلقاً وإنما رخص الامتشاط بالذكر؛ لأنه له تحسين الشعر والمراد بالكراهة؛ لأن فيه أجزاء الخمر هو المفهوم من "الهداية"، وقيل ذكر لفظ الكراهة لا الحرمة لعدم النص القاطع[٣]؛ لأن الوارد فيه من النص والإجماع لا يفرق بين قليله وكثيره **(ولا يحد شاربه بلا سكر)**. خلافاً للشافعي[٤]؛ لأنه شرب جزاء من الخمر، ولنا: أن في الخمر إنما يحد بشرب القليل؛ لأن القليل الخمر يدعو إلى الكثير ولا كذلك في الدردي فأشبه غير الخمر من الأشربة القليل، لأن قليل الخمر إلا بالسكر والله أعلم[٥].

---

(١) وعن بريده عن أبيه قال رسول الله ﷺ: (كنت نهيتكم عن الأشربه في ظروف الأدم فأشربوا في كل على أن لا تشربوا مسكراً). مسلم (٣/ ١٥٨٥) رقم (٩٧٧)،وفي سنن النسائي (٨/ ٣١١) رقم (٥٦٥٣) (أني كنت نهيتكم عن الأشربة في الأوعية فأشربوا في أي وعاء شئتم ولا تشربوا مسكراً) وينظر: نصب الراية (٢/ ٨٠٨) والدراية (٢/ ٢٥٢).

(٢) دردي: العكر بفتحتين وهو الزيت، ودرديذ النبيذ. ينظر: المغرب (٢/ ٧٦).

(٣) في (ز): (القاطع ولم يرد هذا القائل إنه إذا تحقق).

(٤) في (ب،ج): (مالم)، وفي (د): (أو لم).

(٥) (والله أعلم): الزيادة من (ب،ج).

كتاب الصيد

[هو الممتنع بقوائمه][1] [ج١١٤و] أو بخاية **(يحل صيد كل ذي ناب ومخلب)** قد مر في الذبائح معنى ذي ناب وذي مخلب **(من كلب وباز ونحوهما)** والخنزير مستثنى؛ لأنه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به، وعن أبي يوسف استثنى من ذلك الأسد والدب لأنهما لا يعملان الغير الأسد لعلو همته والدب لخساسته وألحق بعضهم بهما الحداءة[2] لخساسته فإن قلت فحينئذ لا يوجد في واحد منها شرط التعليم فلا حاجة إلى الاستثناء قلت بل الحاجة قائمة إذ لا وجه؛ لأن يقال يحل صيد كل ذي ناب ومخلب بشرط التعليم مع عدم الاحتمال لتحقق ذلك الشرط في بعضه كما لا وجد لأن يقال كل حيوان فائز بشرط أن يحرك جناحيه مع عدم الاحتمال لتحقق ذلك الشرط في بعضه [د٢٤١ظ] **(بشرط علمهما[3] وجرحهما إلى موضع منه)** لابد من الجرح في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه لا يشترط ذلك [ب١٢٥ظ] **(وإرسال مسلم أو كتابي إياهما مسميا)**[4] المراد من التسمية ما يعم الحكمية فالشرط عدم تركها عمداً على ممتنع متوحشاً يؤكل يشترط في تحقق الحكم المذكور أن يكون ممتنعاً أي قادر على الامتناع بالقوائم [و٢٠١ظ] أو الجناحين متوحشاً فالذي وقع في الشبكة أو سقط في البئر أو استأمن لا يتحقق فيه الحكم المذكور [هـ٣٩٠] **(وأن لا يشارك الكلب المعلم كلب لا يحل صيده)** ككلب غير معلم وكلب المجوس وكلب لم يرسل للصيد أو أرسل له وترك التسمية عمداً **(ولا يطول وقفته بعد إرساله)** لأنه إذا طال وقفته بهذا الإرسال لا يكون الاصطياد مضافاً إلى بعد الإرسال[5] **(ويعلم المعلم بترك أكل ذي ناب ثلاث مرات[6] ورجوع ذي مخلب بدعائه وإن أكل منه ذو مخلب أكل لا إن أكل ذو ناب ولا ما أكل منه بعد تركه ثلاث مرات ولا ما صاد بعده)** أي: بعدد ما أكل **(حتى**

---

(١) ما بين القوسين لم ترد في (ج،هـ).
(٢) طائر من الجوارح، وهو جنس من الطير.
(٣) في (هـ): (علمها).
(٤) في (أ): (سميا).
(٥) بخلاف ما إذا مكن واستخفى كما يكمن الفهد على وجه الحيلة فلا يحرم؛ لأن ذلك عادته وكذا بعض الكلاب فلا ينقطع به، نور الارسال، ينظر: مجمع الأنهر: (٢/ ٥٧٥).
(٦) في (ب، ج): (مرة).

يتعلم) أي: ترك الأكل ثلاث مرات **(وقبله وبقي في ملكه)** أي: لا يحل ما صاد قبل الأكل إذا بقي في ملكه فإن الكلب مثلاً إذا أكل علم أنه لم يكن معلماً فكل ما صاد قبل ذلك الأكل فهو صيد كلب جاهل فيحرم إذا بقي في ملك الصياد **(ومن شرط الحل بالرمي التسمية)** حقيقة أو حكماً بأن لا يتركها عامداً.

(والجرح وأن لا يعقد عن طلبه إن غاب متحاملاً سهمه) إذا وقع لهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه أكل وإن قعد عن طلبه ثم أصاب ميتاً لم يؤكل ؛لأن في وسعه أن يطلبه لا أن يدركه قبل أن يدرك أن الموت،وفي "الخانية"[1]، ومن شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره[2] لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد [ج١١٥ظ] بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس: **(كل ما اصميت ودع ما أنميت)**[3] والإصماء[4] ما رأيته والإنماء ما توارى عنك وقد روي عن النبي ﷺ أنه ذكره[5] أكل الصيد إذا غاب عن الرامي وقال: «لعل هوام الأرض قتله»[6] وحجة على مالك في قوله: أن ما توارى عنه إذا لم يبت يحل فإذا بات ليلة لا يحل .**(فإن أدركه المرسل أو الرامي حياً)** المراد أنه أدركه وفيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح .**(ذكاه)** أي يجب تذكية حتى لو تركها يحرم [**(فإن تركها)** أي ترك التذكية مع القدرة عليها .**(عمداً فمات)** أما إن لم يتمكن منها ففي المتن إشارة][7] إلى حله كما روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه وكذا عن أبي يوسف [د٢٤١و] وهو قول الشافعي[8]، وفي ظاهر الرواية أنه يحرم

---

(١) ينظر: الفتاوى الخانية.

(٢) ينظر: مصنف عبد الرزاق: (٤/ ٤٦٠) رقم (٨٤٥٥)، ومصنف ابن أبي شيبة: (٤/ ٢٤٢)، والسنن الكبرى: (٩/ ٢٤١)، وخلاصة البدر المنير: (٢/ ٣٧٦) رقم (٢٦٥٤)، وتخليص الحبير: (٤/ ١٣٦) رقم (١٩٤٨)، وفي المعجم الكبير عن ابن عباس رضي الله عنه أن عبد أسود جاء إلى النبي ﷺ فقال ثم يمر ابن السبيل وانا في حاشية لسيدي فأسقى من ألبانها بغير إذنهم قال لا قال فإني أرمي فأصحي وأنمي قال كل ما أصحيت يمر دع ما أنميت (١٢/ ٢٧) رقم (١٢٣٧٠)، ومجمع الزوائد: (٤/ ٣٠-٣١).

(٣) في (ب): (والاحتمال)، وفي (ج): (والإضمار).

(٤) في (ج،هـ): (كره).

(٥) من حديث عائشة وأبي رزين مصنف عبد الرزاق: (٤/ ٤٦١) رقم (٨٤٦١)، ومراسيل أبو داود رقم (١/ ٢٨١) رقم (٣٨٣)، والمعجم الكبير: (١٩/ ٢١٤) رقم (٤٧٨)، وسنن البيهقي الكبرى: (٩/ ٢٤١)، ونصب الراية: (٤/ ٣١٤)، والدراية: ٢/ ٢٥٥ رقم (٩٩٦)، وغيرها.

(٦) ما بين القوسين، لم يرد في (ج، هـ). (٧) ما بين القوسين، لم ترد في (أ، ب).

(٨) ينظر: الأم (٢/ ٢٢٨). وفتح الوهاب (٢/ ٣٢١).

[ب١٢٥و] وإن كانت حياته مثل حياة المذبوح فلا اعتبار فلا تجب تذكية وأما المتردية واخواتها وفي الشاة التي مرضت فالفتوى: على أن الحياة وإن قلت معتبرة حتى لو ذكاها وفيها حياة قليلة يحل لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾[١] **(وأرسل مجوسي كلبة فزجره مسلم فانزجر)**[٢] يقال زجر الكلب فانزجر أي هيجه فهاج وهذا؛ لأن الزجر دون الإرسال ولهذا لم يثبت به شبهة الحرمة على ما سيأتي فأولى أن لا يثبت به الحل **(أو قتله معراض بعرضه)** [المعراض: السهم الذي لا ريش له سمي معراضاً؛ لأنه يصيب الشيء بعرضه][٣] ولو كان في رأسه حدة فأصاب بحدته [و٢٠١و] يحل **(أو بندقة**[٤] **ثقيلة ذات حدة)** إنما قال هذا؛ لأنه يحتمل أنه قد قتله بثقله حتى لو كان خفيفاً به حدة يحل لتيقن الموت بالجرح.

(أو رمى صيداً فوقع من ماء)فانه يحتمل أن الماء قتله فيحرم **(أو على سطح أو جبل فتردى منه إلى الأرض حرم)** لأن الاحتراز عن مثل هذا ممكن **(وإن وقع على الأرض ابتداء)** فإن الاحتراز عن هذا غير ممكن فيحل [هـ٣٩١] **(أو أرسل كلبه فزجره مجوسي فانزجر)** وهذا؛ لأن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله [كنسخ الحديث][٥] والزجر دون الإرسال لكونه بناء عليه فلا يرفع به **(أو لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر)**[٦] وهذا لأن الزجر وإن كان دون الارسال من حيث أنه بناء عليه فهو في هذه الصورة فوقه من حيث أنه فعل والمكلف فاستويا فصح ناسخاً له **(أو أخذ غير ما أرسل عليه أكل)** لأنه لا يمكن بحيث يأخذ ما عينه عند مالك[٧]: لا يؤكل وإن أرسله[٨] فقتل ثم قتل صيداً آخر أكلاً كما لو رمى سهمان إلى صيد فأصابه وأصاب آخر وكذا أرسل على صيد وكثيرة ويسمى مرة واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة **(كصيد رمى فقطع منه عضواً لا العضو)** وعند الشافعي[٩]:

---

(١) المائدة: الآية (٣).

(٢) المراد بالازجار أو بالزجر الصياح.

(٣) ما بين القوسين لم ترد في (هـ).

(٤) البندقة: طينة مدورة يرمى بها، ويقال لها الجلاهق، والجمع البنادق. ينظر: لسان العرب (١٠/ ٢٩). والمصباح (١/ ٣٩). والعين (٥/ ٢٦١). والمغرب (١/ ٨٧).

(٥) ما بين القوسين لم ترد في (ب،ج).

(٦) إذا اجتمع الارسال والاغراء فالعبرة للارسال ؛ لأن الزجر دون الارسال لكونه بناء على الارسال فلا ينسخ به الارسال؛ لأن الشيء لا يرتفع الا بمثله أو بما فوقه، ينظر: مجمع الأنهر: (٢/ ٥٠٧).

(٧) ينظر: المدونة : (٣/ ٥٤)، ومواهب الجليل: (٣/ ٢١٦).

(٨) في (و): (أرسل).

(٩) ينظر: النكت (٢/ ٢٣٣).

أكلاً إن مات الصيد منه وإن لم يمت [ج١١٥و] من هنا نقص في نسخة من ذلك واحتيج إلى ذكاة أخرى كان...[(١)] لا يحل ويحل[(٢)] المبان منه ذكره في "الحقائق" [ولنا قوله ﷺ][(٣)]: «ما أبين من الحي فهو ميت»[(٤)] **(وإن قطع أثلاثاً أو أكثره مع عجزه)** أي قطع قطعتين بحيث يكون الثلث في طرف الرأس والثلثان في طرف العجز **(أو قطع نصف رأسه أو أكثره أو قد بنصفين أكله كله)** [د٢٤٢ظ] لأن في هذه الصورة لا يمكن حياة فوق حياة المذبوح [ب١٢٦ظ] فلم يتناوله قوله ما أبين من الحي فهو ميت بخلاف ما إذا كان الثلثان في طرف الرأس والثلث من طرف العجز لا مكان الحياة في الثلثين فوق حياة المذبوح وبخلاف ما إذا قطع أقل من نصف الرأس لا مكان حياة فوق حياة المذبوح **(وإن رماه صيداً فرماه آخر فقتله فهو للأول وحرم ويضمن الثاني له مجروحاً إن كان الأول أثخنه)** أي أخرجه عن حيز الامتناع أما أنه ملكه فلان ملكه بالرمي المثخن وأما أنه يكون حراماً فلا احتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار وأما أن الثاني يضمنه للأول فلا أنه بالرمي اتلف صيداً مملوكاً له وإن المضمون قيمته مجروحاً فلأنه منقوض بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الإتلاف **(والا فاللثاني)** أي إن لم يكن الأول أخرجه عن خير الامتناع فهو ملك الثاني لأنه قد صاده **(وحل)** لأن ذكاته اضطرارية **(ويصاد ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل)** لا طلاق النص والصيد لا يختص بمأكول اللحم ولأن الصيد سبب للانتفاع بجلده أو شده أو ريشه أو لاندفاع شره وكل ذلك مشروع فما لا يؤكل لحمه يطهر لحمه وجلده بالذكاة الاضطرارية في الاصطياد.

---

(١) موضع النقط كلمة غير واضحة بالأصل.

(٢) في (ب): (ولا يحل). (٣) ما بين القوسين لم ترد في (هـ).

(٤) من حديث أبي واقد الليثي وابن عمر، مسند أحمد: (٥/٢١٨) رقم (٢١٩٥٤). وسنن الدارمي: (٢/١٢٨) رقم (٢٠١٨) وسنن أبي داود: (٣/١١١) رقم (٢٨٥٨) عن عطاء بن يسار، وسنن الترمذي: (٤/٧٤) رقم (١٤٨٠)، والمستدرك: (٤/٢٦٧)، وقال الحاكم حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ونصب الراية: (٤/٣١٧)، والحديث السادس والدراية: (٢/ ٢٥٦) ورقم (٩٩٩)، وتلخيص الكبير: (١/٢٨) رقم (١٤).

كتاب الرهن

(هو) في اللغة: حبس الشيء بأي سبب[1] كان، وفي الشريعة[2] **(جعل الشيء محبوساً بحق)** [و٢٠٢ظ] لم يقل حبس الشيء بحق؛ لأن الحابس[3] هو المرتهن لا الراهن بخلاف الجاعل إياه محبوساً **(يمكن أخذه فيه)** كلاً أو بعضاً كما إذا كان قيمة المرهون أقل من الدين، ومن هنا تبين إصابته[4] [هـ٣٩٢] في العدول عن الاستيفاء الواقع في "الهداية" في الأخذ **(كالدين)** كان التمثيل وما في لفظ "الحقائق"[5] من العموم يشير إلى عدم انحصار ما يصح به في الدين[6] وسيأتي التصريح به من قبل المصنف بأن الرهن يصح بالعين فمن قال فإنه يمكن أخذه من المرهون بأن يباع بخلاف العين فإن الصورة مطلوبة فيها فلا يمكن[7] تحصيل صورة عين في شيء إذ لم يصب **(وينعقد بإيجاب وقبول)** قالوا الركن هو الإيجاب بمجرده؛ لأنه عقد متبرع فيتم بالمتبرع كالهبة وذكر في "المحيط"[8] وما يدل على لمن القبول داخل فيه والقبض شرط اللزوم بإيجاب وقبول [د٢٤٢و] فلم يصب؛ لأن ما ذكره مذهب مالك[9] وقد رد المصنف عليه بقوله **(غير لازم)** أي ينعقد حال كونه غير [ب١٢٦و] لازم **(فللراهن إتمامه)** لم يقل تسليمه حذراً عن تفكيك الضمائر والاستخدام لا يناسب أمثال هذا المقام **(والرجوع عنه وإذا سلم فقبض محوزاً)** أي مجموعاً احترازاً [10] عن المستفرق[11] كالثمار على رؤوس الأشجار

---

(١) في (هـ): (بأي جهة كان).

(٢) في (ب، ج): (الشرع).

(٣) في (ب): (لا لحابس).

(٤) في (هـ، و): (اصابته).

(٥) في (أ، ب، جـ، ز): (الحق).

(٦) في (و): (ما يصح الرهن به).

(٧) في (و): (ولا يمكن).

(٨) اختلف العلماء بالقبول، قال بعضهم: إنه الشرط، والظاهر ما ذكر في المحيط: يشير إلى إنه ركن، وقال بعضهم: الايجاب ركن والقبول شرط، أما القبض فشرط اللزوم، وفي الذخيرة قال محمد رحمه الله: لا يجوز الرهن الا مقبوضاً، فقد أشار إلى أن القبض شرط الجواز، وقال شيخ الإسلام: إنه شرط اللزوم وبه قال أكثر العلماء، والأول أصح، وفي الكنز: ولزوم بايجاب وقبول، ويتم بقبضه وهو مذهب مالك. وفي التبيين: وهذا سهو فإن الرهن لا يلزم بإيجاب وقبول؛ لأنه تبرع كالهبة والصدقة، ولكنه ينعقد بهما فيلزم به. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٥٨٥).

(٩) ينظر: الشرح الصغير (٣/ ٣١١).

(١٠) في (ب، ج): (احترز)

(١١) (المستفرق): لم ترد في (هـ).

ذكره الزاهدي في "شرح القدوري"[(١)] (مفرغاً) أي غير مشغول بحق الراهن حتى لا يجوز رهن الأرض بدون النخل والشجر بدون الثمر، وأما رهن دار فيها متاع الرهن[(٢)] بدون المتاع فجائز إذا أودع ما فيها اولاً ثم يسلمها إليه ذكره في "الخانية" (مميزاً) سواء كان بتمييز الله تعالى أو بتمييز العبد احترز به عن ذكر المشاع، ذكره الزاهدي وصاحب "التحفة"[(٣)] عن المتصل بما ليس برهن خلقة كالشجر، ومنها أن يكون منفصلاً عن غيره غير متعلق بما لم يقع عقد الرهن، وعلى هذا قلنا: أن رهن المشاع لا يصح. وقال الشافعي[(٤)] لا يصح[(٥)] (لزم والتخلية) وهي أن يضعه الراهن في موضع يتمكن المرتهن من أخذه (تسليم) اكتفى بالتخلية؛ لأنها غاية ما يقدر عليه، والقبض فعل غيره فلا يكلف به،وهذا في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف، أنه لايثبت في المنقول إلا بالنقل،وعند مالك[(٦)]: يلزم بدون التسليم .(وضمن بالأقل من قيمته يوم القبض وفي الدين) من قال وضمن بأقل من قيمته ومن الدين لم يصب ؛ لأن صحة المعنى تقتضي أن يكون من للتمييز وذلك على تقدير التعريف واعتبر هذا بقول القائل مررت بأعلم من زيد وعمر ويكون الأعلم غيرهما، ولو قال: بالأعلم من زيد وعمرو يكون الأعلم واحداً منهما، وذلك أن حكمه من أداة للتفضيل[(٧)] على الأول لفقدان التعريف والإضافة فيكون المفضل غير مدخول من [وعلى الثاني يكون للتميز لوجود التعريف فيكون المفضل مدخول][(٨)] من،(فلو هلك وهما سواء سقط دينه) وصار المرتهن مستوفياً لدينه حكماً (وإن كانت قيمته أكثر فالفضل أمانة) لأن المضمون بقدر [و٢٠٢و] ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين (وفي أقل سقط من دينه بقدره ورجع المرتهن بالفضل)[(٩)] لأن الاستيفاء بقدر المالية، وعند زفر: الرهن مضمون بالقيمة[(١٠)]، وعند الشافعي[(١١)]: غير مضمون بل هو أمانة [د٢٤٣ظ] [ب١٢٧ظ] (وإن هلك

---

(١) ينظر: المجتبى [ق١٤٦و].
(٢) (الراهن): لم ترد في (ب، جـ).
(٣) ينظر: تحفة الفقهاء (٣/ ٤٠) والمجتبى [ق١٤٦و].
(٤) ينظر: النكت (٢/ ٤٣٥).
(٥) في (و): (يصح).
(٦) ينظر: المدونة (٤/ ٢٥١). ومختصر خليل (٢/ ١٨٣).
(٧) في (ب، ج): (للفضل)، وفي (و): (التفضيل).
(٨) ما بين القوسين، لم ترد في (هـ).
(٩) في (و): (الفضل).
(١٠) حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم الرهن ألف وخمسمائة والدين ألف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة، ينظر: (الهداية): (٤/ ٤١٧).
(١١) ينظر: الشافعي.

الرهن مع المرتهن فاستحق وضمن الراهن قيمته هلك بدينه وإن ضمن المرتهن رجع على الراهن بقيمته وبدينه)[١] أي المستحق [هـ٣٩٣] بالخيار بين تضمين الراهن وللمرتهن فإن ضمن من[٢] الراهن فقد هلك بالدين؛ لأنه ملكه بأداء الضمان فصح الإيفاء وإن ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من[٣] القيمة؛ لأنه مغرور من جهته وبالدين لأنه[٤] انتقض اقتضاءً فيعود حقه كما كان فإن قيل لما كان قرار الضمان على الراهن، والملك في المضمون لمن عليه قرار الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه فصار كما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء، وقلنا: هذا طعن أبي حازم[٥] القاضي والجواب عنه: أنه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور[٦] حصل بالتسليم إلى المرتهن فيملك الراهن العين من ذلك الوقت وعقد الرهن كان سابقاً عليه فلم يتبين أنه رهن ملك نفسه بل ملك غيره كذا في "التبيين". **(وللمرتهن طلب، دينه من راهنه)** إذ لا يسقط بالرهن طلب الدين **(وحبسه به)** أي حبس الراهن بالدين **(وحبس رهنه بعد فسخ عقده حتى يقبض دينه أو يبرئه)**[٧] لو فسخا الرهن لانفسخ ما دام في يده حتى كان له أن يمنعه بعد الفسخ حتى يستوفي دينه، ولو هلك بعد الفسخ يكون كما لو هلك قبله بخلاف وإذا هلك بعد الإبراء حيث لا يضمن استحساناً؛ لأنه لم يبق رهناً لأنه بقاء رهناً بأمر من القبض والدين فإذا فات أحدهما لم يبق رهناً كذا في "التبيين". **(لا الانتفاع به باستخدام ولا سكنى ولا لبس ولا إجارة ولا إعارة وهو متعد لو فعل ولا يبطل الرهن به)** أي بالتعدي **(وإذا طلب دينه أمر بإحضار رهنه فإن أحضره سلم كل دينه اولاً)** يتعين حق المرتهن في الدين كما تعين حق الراهن تحقيقاً للتسوية بينهما كما في تسليم المبيع والثمن **(ثم رهنه، وإن طلب في غير بلد العقد)** أن هذه للوصل في قوله **(إن لم يكن للراهن مؤنه حمل)** [وحمل للشرط **(وإن كان)** أي للراهن مؤنة العمل][٨] **(سلم دينه بلا إحضار رهنه ولا يكلف مرتهن طلب دينه بإحضار[٩] رهن وضع عند عدل)**[١٠] يعني بأمر الرهن **(ولا ثمن رهن باعه**

---

(١) في (ب،ج): (بدينه).
(٢) (من): لم ترد في (هـ).
(٣) (من): لم ترد في (ب، ج).
(٤) (لأنه): لم ترد في (ب).
(٥) أبو حازم القاضي: .
(٦) (الغرور): لم ترد في (ب، جـ).
(٧) في (هـ، و): (ويبرأه).
(٨) في (د، ج): ما بين القوسين لم ترد في (ب،ج،هـ).
(٩) في (ب، ج): (إحضار).
(١٠) (وان كان): لم ترد في (د).

المرتهن بأمره ولم يقبضه) إنما قال هذا، لأنه أن قبض الثمن يكلف إحضاره **(ولا مرتهن معه رهنه تمكينه من بيعه حتى يقبض دينه أو يبرئه)** أي لا يكلف مرتهن معه الرهن أن يمكن الراهن من بيع الرهن ثم أن هذا الحكم منةٍ [د٢٣٢و] عن أحد الأمرين المذكورين لا بعينه [ب١٢٧و] **(ولا من قضى بعض دينه أو إبراءه)** أي إبراء بعض دينه **(تسليم بعض رهنه حتى يقضي[1] البقية أو يبرأها)**[2] اعتباراً بالبيع، **(ولا يبيع الراهن ولا المرتهن)** [يعني الراهن][3] **(إلا برضى الآخر)** فإن باعه [و٢٠٣ظ] بلا إذن صاحبه توقف البيع على إذنه وله **(وله حفظه بنفسه وعياله)** كما في الوديعة **(وضمن بحفظه بغيرهم وإيداعه وتعديه وجعله خاتم الرهن في خنصره لا يجعله في إصبع آخر)** إلا إذا كان المرتهن امرأة فيضمن؛ لأن النساء تلبس كذلك فيكون باب [هـ٣٩٤] الاستعمال كذا في "التبيين" **(وعليه مؤنة حفظه ورده إلى يده، أو رد جزء منه كأجرة بيت وحافظه، وأما جعل الآبق ومداواة الجرح فتقسم على المضمون والأمانة)** أي على المرتهن مؤنة الحفظ كأجرة بين الحفظ وأجر الحفظ وكذا مؤنة رده إلى يد المرتهن إن خرج من يده يجعل الآبق بقدر زيادة، لأنه أمانة في يده وهذا بخلاف أجره بين الحفظ فإن تمامه على المرتهن وإن كانت قيمة المرهون أكثر من الدين لأن مصبوباً ذلك سبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له، **(وعلى الراهن مؤنة تبقيته، وإصلاح منافعه كنفقة رهنه وكسوته وأجر راعيه وظئر ولد الرهن وسقي البستان والقيام بأموره)** سواء كان في الرهن فضل أو لم يكن.

باب ما يصح رهنه والرهن به [وما لا يصح][4]

(أولاً: لا يصح رهن مشاع)[5] لعدم كونه متميزاً **(وثمرة على نخل دونه وزرع أرض ونخل أرض دونها)** لما ذكر آنفاً وفي الثمرة[6] علة أخرى نبهت عليه فيما سبق **(وكذا عكسها)** أي لا يصح رهن نخل بدون ثمر وأرض بدون زرع أو نخل لما مر فإن الاتصال يقوم بالطرفين[7]. قال في " التحفة[8] " وكذا إذا رهن زرعاً

(١) في (و): (يقبض).
(٢) في (و): (برائها).
(٣) في (ب): (عنده). ما بين القوسين لم ترد في (ب).
(٤) ما بين القوسين لم ترد في (ج، هـ، و).
(٥) في (د): (المشاع).
(٦) في (و): (ثمر).
(٧) في (هـ): (أيضاً بالطرفين).
(٨) ينظر: تحفة الفقهاء (٣/ ٣٨).

دون الأرض[١] دون الزرع؛ لأن الرهن متصل بما ليس برهن فلا فرق بينهما من قلة التميز، وعن أبي حنيفة أن رهن الأرض بدون الشجر جائز، لأن الشجر اسم النابت فيكون استثناء الأشجار بمواضعها جاز[٢]، ولو رهن النخيل بمواضعها جاز، لأن هذه مجاورة وهي لا تمنع الحجة **(ورهن[٣] الحر والمدبر والمكاتب وأم الولد)** لما ذكرنا ما لا يجوز رهنه أراد أن يذكر ما لا يجوز الرهن به [د٢٤٤ظ] فقال **(ولا بالأمانات)** كالوديعة والمستعار، ومال المضاربة والشركة **(ولا بالدرك)** صورته: باع زيد من عمرو [ب١٢٨ظ] داراً فرهن بكر عند المشتري شيئاً بما يدركه هذا في البيع[٤]، وكذا لو رهن شيئاً بما ذاب له على فلان لا يجوز **(ولا بعين مضمونة بغيرها)** المراد، أن لا تكون مضمونة بالمثل أو بالقيمة **(كمبيع في يد البائع)** لأنه إذا هلك لم يضمن البائع شيئاً لكنه يسقط الثمن وهو حقه **(ولا بالكفالة بالنفس)** أي كفل نفس رجل فرهن بها شيئاً ليسلمها **(وبالقصاص)**[٥] أي وجب عليه النفوذ في النفس وما دونها مراهن شيئاً كيلا يمتنع من الواجب **(وبالشفعة)**[٦] أي رهن البائع والمشتري شيئاً عند الشفيع ليسلم الدار بالشفعة وإنما لا يجوز [و٢٠٣و] في هذه الصور لا لعدم الدين لما عرفت أنه ليس بشرط بل لعدم إمكان أخذ [ج١١٦و] الحق الواجب من المرهون **(وبأجرة النائحة والمغنية وبالعبد الجاني أو المديون)** لأنه غير مضمون على المولى فإنه لو هلك لا يجب عليه شيء [هـ ٣٩٥] وإذا لم يصح الرهن في هذه الصور فللراهن أن يأخذ المرهون من المرتهن، ولو هلك في يد المرتهن قبل الطلب هلك بلا شيء إذ لا حكم للباطل فبقي بإذن المالك .**(ولا رهن خمراً وارتهانها من مسلم أو ذمي للمسلم)** أي لا يجوز للمسلم أن يرهن خمراً أو يرتهنها من مسلم أو ذمي **(ولا يضمن له مرتهناً ذمياً وفي عكسه الضمان)** أي رهن من ذمي خمراً فهلكت في يده لا يضمن للمسلم شيئاً وإن رهن الذمي من المسلم خمراً فهلكت في يد المسلم يضمنها للذمي لأنها مال متقوم في حق الذمي دون المسلم **(وصح بعين مضمونة بالمثل أو بالقيمة)** فإن قلت فما وجه قول القدوري في "المختصر" : ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون؟ قلت وجهه ما ذكره في "الهداية"[٧]: أن الواجب

---

(١) (الأرض): مكررة في (ب).
(٢) (جاز): لم ترد في (هـ، و، ز).
(٣) في (ب): (وهن)
(٤) في (ب، جـ) : (المبيع).
(٥) في و: (ولا بالقصاص).
(٦) في (هـ، و): (والشفعة).
(٧) ينظر: الهداية (٤/ ٤٢١).

الأصلي في ضمان الأعيان هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه أكثر المشايخ[١] وهو دين وتوصيفه بالمضمون مع أن الدين لا يكون إلا كذلك للإشارة إلى السبب المجوز للرهن على ما ذكره في "شرح[٢] الزاهدي[٣] **(كالمغصوب وبدل الخلع والمهر، وبدل الصلح عن دم عمد)** لأن الضمان متقرر[٤] فإنه إن كان قائماً وجب تسليمه وإن كان هالكاً وجب مثله أو قيمته فكان رهناً بما هو مضمون فيصح **(وبالدين ولو موعوداً بأن رهن ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن عليه بما وعد)** أي إن هلك في يد المرتهن فللراهن على المرتهن [د٢٤٤و] المقدار الذي وعد إقراضه هذا إذا لم يكن الدين أكثر من القيمة وإن كان أكثر من القيمة فلا يكون مضمون بالدين [ب١٢٨و] بل القيمة وإنما لم يذكر هذا القسم؛ لأن الظاهر أن لا يكون أكثر من قيمته[٥] الرهن وإن كان على سبيل الندرة فحكمه يعلم مما سبق فاعتمد على ذلك **(وبرأس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه)** خلافاً لزفر **(فإن هلك)** يعني قبل الافتراق [أحد الأولين، إنما قال هذا لأن التفصيل الآتي ذكره لا يتأتى في الرهن بالمسلم فيه فيصح مطلقاً فإن هلك الرهن يصير مستوفياً للمسلم فيه فلا يبقى المسلم][٦] **(في المجلس فقد أخذ)** قد استوفى المرتهن حقه **(وإن افترقا قبل نقد وهلك)** أي قبل نقد المرهون به وقبل هلاك المرهون **(بطلا)** أي السلم والصرف **(ورهن المسلم فيه رهن رهن ببدله إذا فسخ)** أي لا يكون لرب السلم أن يجس الرهن حتى يقبض رأس المال.

(وهلك رهنه بعد الفسخ هلك به) أي لو هلك الرهن بالمسلم فيه بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه [أن يكون على رب السلم أن يرد على المسلم إليه مقدار الطعام المسلم][٧] فيه [ج١١٧ظ]؛ لأنه رهن وإن كان محبوساً بغيره كمن باع عبداً أو سلم المبيع وأخذ بالثمن رهناً ثم تقايلا البيع له أن يحبسه لأخذ المبيع لأن الثمن بدله **(وبدين عليه عبد طفله)** أي صح الرهن بدين على الأب عبد طفله، وقال أبو يوسف وزفر[٨]: "لا يصح اعتباراً بحقيقة الإيفاء وهو القياس، ووجه الاستحسان: أن في حقيقة الإيفاء [و٢٠٤ظ] إزالة ملك الصغير[٩] بلا عوض في

---

(١) في (ب،ج): (موجب).
(٢) في (و): (للزاهدي).
(٣) ينظر: المجتبى [ق١٤٦و].
(٤) في (و): (يقرر)
(٥) في (ب،ج): (قيمته).
(٦) ما بين قوسين لم ترد في (د،هـ،و).
(٧) ما بين القوسين لم ترد في (هـ).
(٨) ينظر: (الهداية) (٤/٤٢٣).
(٩) في (ب، ج): (صغير).

الحال وفي هذا نصب حافظ لما له مع بقاء ملكه" **(وبثمن عبد أو خل**[١] **ذكية إن ظهر العبد حراً والخل خمراً والذكية ميتة)** فالرهن مضمون في هذه الصور أي[٢] إن هلك وقيمته مثل الدين أو أكثر[٣] يؤدي قدر الدين إلى الراهن وإن كانت أقل يؤدي القيمة إليه لأنه رهنه بدين واجب ظاهر [هـ٣٩٦] **(أو ببدل صلح عن**[٤] **إنكار وإن أقرا أن لا دين)** صالح مع إنكار ورهن ببدل الصلح شيئاً ثم تصادقا على أن لا دين فالرهن مضمون كما ذكر **(ورهن الحجرين والمكيل والموزون فإن رهن بجنسه فهلكه بمثله قدراً)** تميز من مثله أي يعتبر المماثلة في القدر[٥] هو الوزن والمكيل **(من دينه)** هذا إذا كان الدين زائد فإذا علم الحكم في هذه الصورة يعلم في صورة المساواة وصورة المساواة على الدين لما عرف أن الفضل أمانة **(ولا عبرة للجودة)**[٦] لأنه يصير مستوفياً باعتبار الوزن دون القيمة [ب١٢٩ظ] [د٢٤٥ظ] هذا عنده وعندهما يضمن[٧] القيمة من خلاف جنسه فيكون رهناً مكانه **(ومن شرى على أن يرهن شيئاً أو يعطى كفيلاً بعينهما)** إنما قال هذا؛ لأنه لو لم يكن الرهن أو الكفيل معيناً يفسد البيع **(من ثمنه وأبى صح استحساناً)** والقياس: أن لا يجوز لأنه صفقة في صفقة، ووجه الاستحسان: أنه شرط ملائم؛ لأن الكفالة والرهن للاستيثاق وهو يلائم الوجوب[٨] **(ولا يجير على الوفاء)** لأنه لا جبر على التبرعات[٩]، وقال زفر[١٠]: "يجير؛ لأن الرهن إذا شرط في البيع صار حقاً[١١]

---

(١) (أو خل): لم ترد في (هـ، و).
(٢) (أي): لم ترد في (ب، ج).
(٣) في (و): (أو لكثر).
(٤) في (و): (من).
(٥) في (و): (المقدار).
(٦) في الجامع الصغير (١/ ٤٩٢): (فإن رهن إبريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه) قال رحمه الله تعالى: معناه أن تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر، هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق؛ لأن الاستيفاء عنده باعتبار الوزن، وعندهما: باعتبار القيمة، وهي مثل الدين في الأول وزيادة عليه في الثاني، فيصير بقدر الدين مستوفياً، فإن كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف المذكور. ينظر: الهداية (٤/ ٤٢٥).
(٧) في (هـ): (لا يضمن).
(٨) فإذا كان الكفيل حاضراً في المجلس والرهن معيناً اعتبرنا فيه المعنى، وهو ملائم فصح العقد وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معيناً أو كان الكفيل غائباً حتى افترقا لم يبق الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه فيفسد، ولو كان غائباً فحضر في المجلس وقيل صح، ينظر: (الهداية) (٤/ ٤٢٦).
(٩) في (هـ): (المتبرعات).
(١٠) ينظر: (الهداية) (٤/ ٤٢٦).
(١١) (حقاً): لم ترد في (ب، ج، و).

من حقوقه كالوكالة المشروطة[1] في الرهن فيلزم" **(وللبائع فسخه)** لأنه وصف مرغوب فيه وما راض البائع إلا به فيتخير بفواته **(إلا إذا سلمه ثمنه حالاً)** لحصول المقصود **(أو قيمة والرهن رهناً)** لأن يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة **(وإن قال لبائعه: امسك هذا)** أي أعطى المشتري البائع شيئاً غير مبيعه وقال امسك هذا **(حتى أعطي ثمنك فهو رهن)** لأنه تلفظ بما هو ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس إلى وقت الإعطاء والعبرة[2] للمعاني، وقال زفر: " لا يكون رهناً وهو رواية عن أبي يوسف[3] **(وإن رهن عيناً من رجلين بدين لكل منهما صح وكله[4] رهن من كل منهما)** أي يصير كله محبوساً بدين واحد منهما إلا أن نصفه يكون رهناً عند هذا ونصفه عند ذلك وهذا [ج١١٧هـ] بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند أبي حنيفة [أ١٦١ظ]؛ لأن الأول لا يقبل الوصف بالتجزي بخلاف الهبة **(فإن قضى دين أحدهما فكله رهن للآخر)** تفريع على ما سبق **(وإذا تهيئا فكل في نوبته كالعدل في حق الآخر، ولو هلك ضمن كل حصته)** فإن[5] عند الهلال يصير كل مستوفياً حصته ولاستيفائهما ينجزي **(وإن رهنا رجلاً بدين عليهما صح بكل الدين ويمسكه إلى قبض الكل)** لأن [ج٢٠٤و] قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع **(وبطل حجة كل منهما أنه رهن هذا منه وقبضه)** لأنه لا يمكن القضاء[6] لكل واحد منهما ولا لأحدهما العدم الأولوية ولا القضاء لكل بنصف لأنه يؤدي إلى الشيوع يضره فتعين[7] التهاتر. **(ولو مات راهنه والراهن معهما فبرهن كل كذلك كان مع كل نصفه رهناً بحقه)**[8] هذا عندهما، وهو استحسان وعند أبي يوسف: هذا باطل [ب١٢٩و] [هـ٣٩٧] اعتباراً بما في الحياة، وجه الاستحسان: أن حكمه في الحياة الحبس والشيوع يضره[9] وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع [د٢٤٥و] **(لا يضره باعه وصيته)** أي باع وصي الراهن الرهن **(بعد موته بإذن المرتهن وقضى دينه)** [كما إذا كان الراهن حياً فله البيع بإذن

---

(١) في (و): (المشروط).
(٢) في (ب): (والمعبرة).
(٣) لأن قوله: امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع، والثاني أقلهما فيقضى ثبوته بخلاف ما إذا قال امسكه بدين أو بملك؛ لأنه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن. ينظر: (الهداية) (٤/ ٤٢٧).
(٤) في (د، هـ): (وكلها).
(٥) في (فإنه).
(٦) لفظ (القضاء): مكرر في (ب).
(٧) إن أقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل إنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل؛ أن كل واحد منهما اثبت ببينته إنه رهنه كل العبد (الهداية): (٤/ ٤٢٧).
(٨) في (ب): (بحق).
(٩) في (ب،ج): (لا يضره).

المرتهن، فكذا هنا][(١)].

باب رهن عند عدل

(يتم الرهن بقبض عدل شرط وضعه عنده) وقال زفر وابن أبي ليلى[(٢)]: لا يصح؛ لأن يد العدل يد المالك ولهذا يرجع عليه إذا استحق فانعدم القبض لنا: أن يده يد المالك في الحفظ لكون العين امانة في يد المرتهن في حق المالية؛ لأن يده يد الضمان والمضمون هو المالية فنزل منزله شخصين **(ولا أخذ لأحدهما منه وضمن بدفعه إلى أحدهما وهلكه معه هلك رهن فإن وكل العدل أو غيره بيعه إذا حل اجله صح فإن شرط)** أي التوكيل **(في الرهن لا ينعزل بالعزل ولا بموت[(٣)] الراهن أو المرتهن وينتقض بموت الوكيل)** سواء كان الوكيل المرتهن أو العدل أو غيرهما وإذا مات الوكيل لا يقوم وارثه ولا وصية مقامة، وعن أبي يوسف: أن[(٤)] وصي الوكيل بملك بيعه **(وله بيعه بغيبه ورثته)** أي للوكيل بيع المرهون بغيبة ورثة الراهن **(وإن حل أجله وراهنه غائب اجبر الوكيل على بيعه كوكيل بالخصومة غاب موكله وأباها)** أي أبى أن يخاصم فإنه يجر عليها والجامع بينهما أن في الامتناع فيها إبطال حقهما وكيفية الإجبار أن يحبسه أياماً ليبيع فإن لج[(٥)] بعد ذلك فالقاضي يبيعه عليه كذا [في "التبيين"][(٦)] **(وكذا لو شرط بعد الرهن في الأصح)** لو لم يكن التوكيل مشروطاً في عقد الرهن وشرط بعده قيل لا يجير؛ لأن التوكيل لم يصر وصفاً من أوصاف الرهن فكانت مفردة كسائر الوكالات وقيل يجبر كيلا يتوى حقه [ج١١٨ظ] وهذا صح رواية ودارية، أما الأول فلأنه روى عن أبي يوسف: أن الجواب في الفصلين واحد نصاً ويؤيده إطلاق الجواب في "الجامع[(٧)] الصغير" والأصل، وأما الدراية فلأن مبنى القول الآخر على التعليل بالعدم وهو غير مقبول **(فإن باعه العدل فإن الثمن رهن فهلكه[(٨)] كهلكه فإن أوفى ثمنه المرتهن فاستحق)** أي الرهن **(ففي الهالك)** أي إذا هلك الرهن في يد المشتري **(ضمن المستحق**

---

(١) ما بين القوسين، لم ترد في (ب، ج، هـ).

(٢) ينظر: (الهداية): (٤/٤٢٨).

(٣) في (ب،ج): (بالموت).

(٤) في (ب،ج،هـ،و): (أنه).

(٥) لج: تماحك الخصمين، وهما تماديا، واللجة بالفتح كثرة الأصوات. ينظر: المصباح (٢/٥٤٩). ولسان العرب (١٤/٤٢٩)

(٦) ما بين قوسين لم ترد في (ب).

(٧) ينظر: الجامع الصغير (١/٤٩١). والهداية (٤/٤٢٩).

(٨) في (ب، ج): (ليهلك).

الراهن) قيمة [ب١٣٠ظ] **(الرهن)** لأنه غاصب **(وصح البيع والقبض)** لأن الراهن ملكه بأداء الضمان **(أو العدل)** لأنه متعد بالبيع والتسليم [د٢٤٦ظ] **(ثم هو الراهن وصح أو المرتهن ثمنه وهو له)** أي بالعدل بالخيار أما أن يضمن الرهن القيمة وحينئذ صح البيع وقبض الثمن وأما أن يضمن المرتهن الثمن الذي أداه إليه ويكون ذلك الثمن له **(ورجع المرتهن على راهنه بدينه وفي القائم أخذه)** أي المستحق المرهون **(من مشتريه ورجع هو على العدل بثمنه ثم هو على الراهن به وصح)** أي[1] القبض المرتهن الثمن **(أو على المرتهن بثمنه ثم هو على الراهن بدينه")** أي العدل بالخيار [أ١٦١و] أما أن يرجع على الراهن بالثمن وحينئذ صح قبض المرتهن الثمن، وأما أن يرجع [هـ٣٩٨] على المرتهن ثم يرجع على الراهن بدينه **(وإن لم يشترط")**[2] أي[3] التوكيل **(في الرهن رجع العدل[4] على الراهن فقط قبض المرتهن ثمنه اولاً)** كما إذا باع العدل بأمر الراهن وضاع الثمن في يده بلا نقد منه ثم استحق المرهون وضمن العدل.

باب التصرف والجناية في الرهن

([وقف بيع الراهن[5]][6] رهنه فإن[7] أجاز[8] مرتهنه أو قضى دينه نفذ وصار ثمنه رهناً وإن لم يجز وفسخ لا ينفسخ في الأصح) إذا فسخ المرتهن ينفسخ في رواية عن أبي يوسف، وفي ظاهر الرواية[9]: لا ينفسخ؛ لأن الرهن تعلق به حق المرتهن في البيع إبطال حقه فلا ينفذ وهو الأصح[10] **(وصبر المشتري)** يعني هو مخير إن شاء صبر **(الى فك الرهن أو رفع إلى القاضي ليفسخ)** أي البيع **(وصح إعتاقه وتدبيره واستيلاده ورهنه فإن فعلها غنياً ففي دينه حالاً أخذ دينه وفي مؤجله قيمته بدله إلى محل أجله)** أي أخذ قيمته من أجل أن يكون رهناً عوضاً عن

(١) (أي): لم ترد في (ج).
(٢) في (ب،ج): (ولم أن لم يشترط).
(٣) (أي): لم ترد في (أ، ب، ج).
(٤) في (و): (عدل).
(٥) في (ج): (الرهن).
(٦) ما بين القوسين لم ترد في (هـ).
(٧) في (ب، ج): (فإذا).
(٨) في (و): (جاز).
(٩) وهي رواية محمد بن الحسن. ينظر: الكنز (٢/ ٢٢٩).
(١٠) (قوله في الأصح) وجهه إن امتناع النفاذ لحقه كيلا يتضرر والتوقف لا يضره؛ لأن حقه في الحبس لا يبطل بمجرد الانعقاد من غير نفاذ وينفسخ بفسخه في رواية أبي سليمان عن محمد حتى إذا افتكه الراهن لا سبيل للمشتري على بعده؛ لأن الحق الثابت لمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك فلم أن يجز وله أن يفسخ. ينظر: حاشية شرح الطحاوي (٤/ ٢٤٧). وشرح الكنز (٢/ ٢٢٩).

المرهون إلى زمان حلول الأجل لأن سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فإذا حل الدين اقتضاه[١] بحقه إذا كان جنس حقه ورد الفضل (**وإن فعلها معسراً**[٢] **ففي العتق سعى**[٣] **العبد في الأقل من قيمته ومن الدين**) لأنه لما تعذر للمرتهن استيفاء حقه من الراهن[٤] يأخذه ممن ينتفع بالعتق والعبد إنما ينتفع بمقدار ماليته فلا يسعى فيما زاد على قيمته [من الدين][٥] (**ورجع على سيده غنياً**) لأنه قضى دينه وهو مضطر بحكم الشرع فيرجع عليه [ج١١٨و] بما تحمل عنه (**وفي أختيه**) أي في التدبير والاستيلاد (**سعى في كل الدين ولا رجوع**) لأن كسب المدبر وأم الولد ملك المولى [د٢٤٦و] (**وإتلافه**) أي بإتلاف الراهن [ب١٣٠و] (**رهنه كإعتاقه غنياً**) أي إن كان الدين أخذ منه كان الدين وإن كان مؤجلاً أخذ قيمته ليكون رهناً إلى زمان حلول الأجل (**وأجنبي أتلفه مرتهنه وكان**) أي ما ضمنه (**رهناً معه ورهن إعارة مرتهنه راهنه**) الإعارة في الآنية على حقيقتها دون ها هنا؛ لأنه تمليك المنافع بغير عوض ولم يوجد ذلك من المرتهن فلا بد من المصير إلى عموم المجاز[٦].

(**أو أحدهما بإذن صاحبه آخر سقط ضمانه فإنه هلكه مع مستعير هلك بلا شيء ولكل منهما أن يرده رهناً وإن مات الراهن قبل رده فالمرتهن أحق من الغرماء [و٢٠٥و]**) لأن حكم الرهن باق فيه؛ لأن يد العارية ليست بلازمة وكونه[٧] مضمون لا يدل على أنه غير مرهون فإن ولد الرهن مرهون غير مضمون (**ومرتهن إذن باستعمال رهنه أو استعارة من راهنه لعمل إن هلك قبل عمله أو بعده**) أي بعد الفراغ عن العمل (**ضمن كالرهن، ولو هلك حال عمله لا، وصح استعارة شيء ليرهن بما شاء وإن قيد تقيد بما عين من قدر وجنس ومرتهن**[٨] **وبلد فإن خالف ضمن المعير مستعيره ويتم رهنه بينه وبين مرتهنه أو إياه**) [هـ٣٩٩] الضمير راجع إلى المرتهن ومعطوف على المستعير[٩] (**ورجع هو بما ضمن وبدينه على راهنه وإن**

---

(١) في (ب،ج): (اقضاه).

(٢) أي إن كانت القيمة أقل سعى العبد في القيمة، وإن كان الدين أقل من القيمة سعى في الدين، ينظر: (الدرر الحكم) (٢/ ٢٥٧).

(٣) في (و): (يسعى).

(٤) (الراهن): لم ترد في (هـ).

(٥) ما بين القوسين لم ترد في (ب،ج).

(٦) في (ا): (المختار).

(٧) (وكونه): مكرر في في (ب).

(٨) في (ب، ج): (المرتهن).

(٩) لأن كل واحد منهما متعد في حقه فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغصب، ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٦٠٧).

وافق وهلك مع مرتهنه صار مستوفياً كل دينه إن كانت قيمته مثل الدين أو أكثر وضمن مستعيره) في الصورتين **(ما أوفاه منه لا القيمة)** لأنه قد وافق فليس بمتعد **(أو بعضه إن كانت أقل وباقية على راهنه)** ويضمن المستعير أيضاً[1] قدر ما أوفاه **(ولا يمتنع المرتهن إذا قضى المعير دينه وفك رهنه)** لأنه ساع في تخليص ملكه **(ويرجع على الراهن بما أدى)** [لأنه غير متبرع لما ذكرنا][2] أمين خالفه ثم عاد إلى الوفاق فلا يضمن [أ١٦٢ظ] خلافاً للشافعي[3]؛ لأنه غير متبرئ لما ذكرنا. **(ولو هلك مع الراهن قبل رهنه أو بعد فكه لا يضمن وإن استخدمه أو ركبه من قبل وجناية الراهن على رهن مضمونه وجناية المرتهن عليه تسقط[4] من دينه بقدرها وجناية الرهن عليهما وعلى مالهما هدر)** وقالا: جناية الرهن على المرتهن [معتبرة لأنها حصلت على غير مالكه وفي الاعتبار فائدة أو هي دفع بالجناية فإن شاء الراهن والمرتهن][5] أبطلا الرهن ودفع [د٢٤٧ظ] بالجناية إلى المرتهن وإن قال المرتهن: لا طلب الجناية فهو رهن على حالة له أن الجناية حصلت [ب١٣١ظ] في ضمان المرتهن فعليه تخليصه فلا يفيد وجوب الضمان مع وجوب التخليص وصاحب "الحقائق"[6] وضع المسألة في المرهون جميعه مضمون ثم قال وأجمعوا أن العبد إذا كان نصفه مضموناً ونصفه أمانة بأن كانت قيمته ضعف الدين فإن جنايته على المرتهن معتبرة [ج١١٩ظ] فيقال للراهن إن شئت فادفعه وإن شئت فافده فإن دفعه وقبل المرتهن بطل الدين كله وصار العبد كله للمرتهن وإن اختار فداءه فنصف الفداء على الراهن ونصفه على المرتهن فإن كان حصته المرتهن تبطل وما كان حصته الراهن نقدي والعبد رهن على حاله.

(ومن رهن عبداً يعدل ألفاً بألف مؤجل فصارت قيمته مئة فقتله رجل وغرم مئة وحل أجله قبض مرتهنه المائة من حقه وسقط باقيه) لأن نقصان السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا، خلافاً لزفر فإذا كان الدين باقياً ويد المرتهن يد الاستيفاء فيصير مستوفياً الكل من الابتداء **(وإن باعه بأمره)** أي باع المرتهن الرهن بأمر الراهن بالمئة بعد أن صارت قيمته مئة **(وقبض ثمنه رجع بما بقي)** لأن الدين لم يسقط بنقصان السعر؛ لأن نقصانه ليس هلاكاً [و٢٠٦ظ] لاحتمال العود على ما

---

(١) (أيضاً): لم ترد في (ب، ج).

(٢) ما بين القوسين لم ترد في (ب، ج، هـ، و).

(٣) ينظر: النكت (٢/ ٥٨٥).

(٤) في (ب، ج): (سقط). وفي (د): (بسقط).

(٥) ما بين القوسين لم ترد في (ب،ج).

(٦) ينظر: (تبيين الحقائق).

كان وإذا كان الدين باقياً وقد أمر الراهن أن يبيعه بمائة يكون الباقي أمانة في ذمته **(وإن قتله عبر يعدل مئة فدفع به فك بكل دينه)** أي يجبر الراهن على افتكاكه بالدين؛ لأن التغير لم يظهر في نفس العبد لأن الثاني قام مقام الأول فكأنه يراجع سواه إلى مائة هذا قولهما.

وقال محمد [هـ٤٠٠]: "هو بالخيار إن شاء افتكه[1] بجميع الدين"، وإن تركه على المرتهن بالدين؛ لأنه تغير في ضمان المرتهن فأوجب التمييز، وقال زفر: "يصير رهناً بمئة"[2] لأن يد المرتهن يد الاستيفاء وقد تقرر بالهلاك إلا أنه أخلف بداء بقدر العشر فيبقى بقدره[3] **(وإن جنى الرهن خطاء فداه مرتهنه ولم يرجع)** أي على الراهن؛ لأن الجناية حصلت في ضمان المرتهن ولا يملك[4] الدفع؛ لأن المرتهن غير مالك **(فان أبى دفعه الراهن أو فداه)** أي إن أبى المرتهن أن يفدى قبل الراهن ادفع العبد أو افد عنه **(وسقط الدين)** أي بكل منهما ثم أن الدين إنما يسقط بتمامه إذا كان أقل من قيمة الرهن [د٢٤٧و] أو مساوياً وأما إذا كان أكثر يسقط من الدين مقدار [قيمة العبد وإنما يذكر في هذا المتن هذا لأن الظاهر أن لا يكون الدين أكثر من قيمة الرهن][5].

فصل في المتفرقات

[ب١٣١و] **(عصير قيمته عشرة رهن بها [6]فتخمر وتخلل وهو يساويه)** أي: يساوي الخل العصير في القدر لم يقل يعدلها أي يعدل العشرة لأنه على ما ذكره في "التبيين" يشير إلى أن المعتبر فيه في الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل المعتبر فيه القدر؛ لأن العصير والخل من المقدرات؛ لأنه إما[7] مكيل أو موزون وفيها نقصان القيمة لا يوجب سقوط شيء من الدين وإنما يوجب الخيار؛ لأن الغائب فيه مجرد الوصف وفوات شيء من الوصف في المكيل والموزون لا يوجب سقوط[8] شيء [ج١١٩و] من الدين بإجماع بين الصحابة فيكون الحكم فيه

---

(١) في (ب،ج): (افتك).
(٢) ينظر: (الهداية) (٤/ ٤٣٧).
(٣) لزفر "رحمه الله": أن العبد الثاني قائم مقام الأول لحماً ودماً ولو كان الأول قائماً وانتقص السعر ولمحمد "رحمه الله" في الخيار: أن المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع وإذا قتل قبل القبض. ولهما: أن التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الأول لحماً ودماً، ينظر: (الهداية) (٤/ ٤٣٧).
(٤) في (أ،ب،ج): (فلا يملك).
(٥) ما بين قوسين لم ترد في (ب،ج).
(٦) (بها): لم ترد في (ب،جـ).
(٧) في (ب،ج): (ما).
(٨) في (ز): (سقط).

إن انتقص شيء من القدر سقط بقدره من الدين وإلا فلا **(وبقي رهنه بها)** الأصل أن ما هو محل للمبيع للرهن، وما ليس محلاً للبيع ليس محلاً للرهن والخمر ليس محلاً للبيع ابتداء لكن محل له إيفاء فكذا الرهن **(وشاة قيمتها [أ١٦٢و] عشرة رهنت بها فماتت فدبغ جلدها فعدل درهماً فهو رهن به ونماء الرهن كولده ولبنه وصوفه وثمره لراهنه وهو رهن مع أصله ويهلك بلا شيء)** [لأنه لم يدخل تحت العقد مقصوداً][1] **(وإن هلك أصله وبقي هو فك بقسطه يقسم الدين على قيمته يوم فكه وقيمة أصله يوم قبضه وتسقط[2] حصة أصله وفك بقسطه)** كما إذا كان الدين عشرة وقيمة الأصل يوم القبض عشرة وقيمة النماء يوم الفك[3] خمسة فثلثا العشرة حصته الأصل فيسقط[4] وثلث العشرة وثلث العشرة حصة النماء فيفك به **(والزيادة في الرهن تصح وفي الدين لا)** معناه لا يصير الرهن [و٢٠٦و] رهناً بالدين المزيد هذا عندهما، وعند أبي يوسف: تجوز الزيادة في الدين أيضاً؛ لأن الدين بمنزلة الثمن والزيادة في الثمن تجوز، ولهما: أن الزيادة في الدين توجب الشيوع كما في الرهن فلا تجوز، وقال زفر[5] والشافعي: لا تجوز فيهما كما لا تجوز في البيع والثمن عندهما وقد مر في "البيوع" **(وإن رهن عبداً يعدل ألفاً بألف فدفع عبداً كذلك رهنا بدل الأول فهو رهن حتى يرد إلى راهنه ومرتهنه أمين في الآخر حتى يجعله مكان الأول)** [هـ٤٠١] فهو أي الأول، بأن يرد الأول إلى الراهن فحينئذ يصير الثاني مضموناً [د٢٤٨ظ] **(ولو أبرأ المرتهن راهنه عن دينه أو وهبه منه فهلك الرهن)** أي في المرتهن [ب١٣٢ظ] **(هلك بلا شيء)** هذا استحسان[6]، وفي القياس: هلك بالدين وهو قول زفر **(ولو قبض المرتهن دينه أو بعضه من راهنه أو غيره)** أي بإيفاء وغيره مقطوعاً **(أو شرى بالدين عيناً أو صالح عنه على شيء لأنه استيفاء أو أحال الراهنه مرتهنه بدينه على آخر ثم هلك رهنه معه هلك بالدين ورد**

---

(١) ما بين القوسين لم ترد في (د).

(٢) في (ب، ج، د): (ويسقط).

(٣) في (ب،ج): (الفلت).

(٤) في (هـ،و): (فتسقط).

(٥) نظر: (الهداية) (٤/ ٤٤٠).

(٦) أن ضمان الرهن باعتبار القبض والدين؛ لأنه ضمان الاستيفاء و إذا لا يتحقق الا باعتبار الدين والإبراء لم يبق أحدهما وهو الدين والحكم الثابت بعلة الذات وصفين يزول بزوال أحدهما، ولهذا لو رد الرهن يسقط الضمان لعدم القبض، ولو بقي الدين كذا إذا ابرأه عن الدين يسقط الضمان لعدم الدين، وإن بقي القبض، فاما إذا احدث المرتهن بعد البراءة منعاً ثم تلف في يده ضمن قيمته؛ لأن حق المنع لم يبق فصار فيما يمنع غاصباً فيضمن القيمة، ينظر: (مجمع الأنهر) (٢/ ٦١٣).

ما قبض إلى من أدى وبطلت الحوالة) لأنه في معنى الإبراء بطريق الأداء إلا أنه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه أو ما يرجع عليه إن لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين؛ لأنه بمنزلة الوكيل**(وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك هلك بالدين)** لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فيكون الجهة الباقية بخلاف الإبراء وقاس زفر المسألة الخلافية على غيره هذه الصورة، ووجه الاستحسان: هو الفرق بينهما وهو أن الإبراء يسقط الدين أصلاً وبالاستيفاء لا يسقط القيام الموجب إلا أنه يعزر الاستيفاء لعدم الفائدة؛ لأنه يعقب مطالبة مثله فأما هو في نفسه قائم فإذا هلك تقرر الاستيفاء الأول فانتقض الاستيفاء الثاني[1].

(١) (الثاني): لم ترد في (هـ).

كتاب الجنايات

(**الجناية**) في اللغة: اسم لما يجنيه[1] المرء من شر كسبه، وفي الشرع: اسم لفعل محرم سواء كان في مال أو نفس لكن في عرف الفقهاء ويراد بإطلاق اسم الجناية (**فعل محرم في النفس والأطراف**) ذكره في التبيين[2]. اعلم أن القتل على خمسة أوجه: عمد، وشبه عمد، وخطاء، وما يجري مجرى الخطاء، والقتل بسبب، والمراد به قتل يتعلق به الأحكام من القصاص والدية والكفارة وحرمان الإرث والإثم هذا تقسيم الشيخ أبي بكر الرازي وذكر محمد في "الأصل"[3] على[4] ثلاثة أوجه: عمد، وشبه عمد، وخطاء (**والقتل العمد ضربه قصداً بما يفرق الأجزاء كسلاح ومحدد من خشب ومجرد وليطة[5] وناراً**) هذا عنده وعندهما وعند الشافعي[6]: جزية قصداً بما لا يطيقه البنية[7] حتى أن ضربه بحجر عظيم أو خشب عظيم فهو عمد (**وبه يأثم ويجب القود عيناً**) وعند الشافعي[8] في أحد قوليه: موجب العمد شيئان القصاص والدية ولي القتل بالخيار يستوفي أيهما شاء [و٢٠٧ظ] وعلى هذا القول إذا قال عفوتك عن القصاص كان له المطالبة بالدية، وفي قوله الآخر [د٢٤٨و]: موجبه القصاص لا غير إلا أن لوليه أن يسقطه بالدية رضي به القاتل أو لم يرض وعلى هذا القول يكون الدين [ب١٣٢و] بدلاً عن القصاص، فلو قال: عفوتك عن القصاص ولم يقل بالدية يسقط مجاناً ولا يكون له المطالبة بالدية وعندنا: موجبه القصاص لا غير ولا يصير مالاً إلا بالتراخي من

---

(١) في (أ): (الجناية).
(٢) في (ب،ج): (تجلية).
(٣) ينظر: (تبيين الحقائق).
(٤) ولعل محمد رحمه الله اقتصر على الثلاثة ولم يذكر النوعين الآخرين وهما القتل بسبب ما جرى مجرى الخطأ؛ لأن قصده بيان القتل الذي فيه مباشرة أو القتل بسبب ليس فيه مباشرة واما ما جرى مجرى الخطأ فإنه وإن كان فيه مباشرة لكن لما كان حكمه الخطأ لم يذكره، ينظر: (حاشية الطحاوي) (٤/ ٢٥٧).
(٥) الليطة: بكسر اللام وهي قشر القصب اللازق به. ينظر: (شرح الكنز) (٢/ ٢٣٣).
(٦) ينظر: (حاشية البجيرمي) (٤/ ١٣٠).
(٧) البنية: البدن من الطعام، وبنى الطعام لحمه يبني بناءاً أنبته وعظم من الأكل، وبنى لحم فلان طعامه إذا سمنه وعظمه. ينظر: لسان العرب (١٤/ ٩٥).
(٨) ينظر: (إعانة الطالبين) (٤/ ١٢٢)، (حاشية البجيرمي) (٤/ ١٥٨)بترتيب حاشية الوفاة.

الجانبين وحينئذ يكون صلحاً سواء كان [أ١٦٣ظ] بمثل الدية أو أكثر كذا في "الحقائق"[(١)] **(لا الكفارة)** [هـ٤٠٢] خلافاً للشافعي[(٢)] فإنه يقول لما وجبت في الخطاء فأولى أن تجب[(٣)] في العمد[(٤)] ونحن نقول: أن القتل العمد كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا يناط بها **(وشبه العمد ضربه قصداً بغير ما ذكر)**[(٥)] يعني بما ليس بسلاح ولا في معناه في تفريق الأجزاء حجراً كان أو خشباً صغيراً كان أم كبيراً. عندهما: ضربه قصداً بما يطيقه البينة **(وفيه الإثم والكفارة ودية مغلظة على العاقلة)** سيأتي تفسير الدية المغلظة[(٦)]، وتفسير العالقة[(٧)]: بإذن الله تعالى **(بلا قود وهو)** أي ضربه قصداً بغير ما ذكر **(فيما دون النفس عمد)** موجب للقصاص فليس فيما دون النفس شبه عمد **(وفي الخطاء ولو على عبد)** إنما قال هذا لأن المتبادر إلى الوهم من كون العبد مالاً أن يكون ما ذكر من قبيل ضمان الأموال[(٨)] فلا يكون على العاقلة.

(قصداً كرميه) أي كالقتل برميه **(مسلماً ظنه صيداً، أو حربياً وفعلاً كرميه غرضاً فاحساب آدمياً)** الخطأ على نوعين:

أ- خطأ في القصد، كما إذا رأى شخصاً يظنه صيداً فإذا هو آدمي، أو يظنه حربياً فإذا هو مسلم.

ب- وخطأ في الفعل: كما إذا رمى غرضاً فأصاب [آدمياً، كذا في "الهداية"[(٩)]، وقال في "المحيط"[(١٠)]: [ج١٢٠و] لو رمى رجلاً فأصاب حائطاً ثم رجع السهم فأصاب][(١١)]، الرجل فهو خطاء؛ [لأنه أخطأ][(١٢)] في إصابة الحائط، ورجوع السهم مبني على إصابة الحائط لا على الرمي السابق لأنه آخر

---

(١) ينظر: (تبيين الحقائق).

(٢) ينظر: النكت (٣/ ٣٤٦).

(٣) في (ب، ج، د): (يجب).

(٤) في (هـ، و): (بالعمد).

(٥) في العمد، وهو المحدد وغيره هو الذي لا حد له من الآلة كالحجر والعصا وكل شيء ليس له حد يفرق الأجزاء، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: إذا ضربه بحجر عظيم أو خشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد، أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالباً، وبه قالت الثلاثة؛ لأن معنى العمدية: قاصرة فيها لما إنه لا يقتل غالباً ويقصد به غير القتل، وأما الذي لا يلبث لا يتقاصر عن عمل السيف في إزهاق الروح، فيجب به القصاص. ينظر: شرح الكنز (٢/ ٢٣٤).

(٦) ينظر: ص.

(٧) ينظر: ص.

(٨) في (و): (الاحوال).

(٩) ينظر: الهداية: (٤/ ٤٤٥).

(١٠) ينظر: المحيط البرهاني ص١٢٧.

(١١) ما بين القوسين، لم ترد في (هـ).

(١٢) ما بين القوسين، لم ترد في (و). (أخطاء) لم ترد في (أ).

السببين، والحكم يضاف إلى آخر الأسباب وجوداً ولا يذهب عليك أن من قبيل الخطاء في الفعل فلا بد من تعميمه لمثل هذا، ومن قال: والخطاء في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر فعل آخر مكانه زعم أنه شرط وليس كذلك فإنه إذا رمى غرضاً فأصابه ثم رجع عنه أو تجاوز عنه إلى ما وراءه فأصاب رجلاً يتحقق الخطاء في الفعل [د٢٤٩ظ] والشرط المذكور مفقود[1] في الصورتين ثم أنه خطاء من وجه آخر حيث اعتبر [ب١٣٤ظ] القصد فيه وذلك غير لازم فإنه إذا سقط من يده خشبة أو لبنة فقتل رجلاً يتحقق الخطاء في الفعل ولا قصد فيه **(وما جرى مجراه كنائم سقط على آخر فقتله)** أي كقتل النائم[2] سقط على آخر فهلك ذلك الشخص بسبب سقوطه عليه[3] **(كفارة ودية على عاقلته)** لا وتم في وجهي الخطاء قالوا المراد ثم القتل فأما في نفسه فلا يعري عن الإثم حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت أو شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى كذا في "الهداية"، وإنما قال [و٢٠٧و] يؤذن ولم يقل يدل؛ لأن سر الإثم حكمه الكفارة وليس من شرط الحكمة الاطراد بحسب الأفراد على ما مر في مسألة الاستبراء **(وفي القتل بسبب كتلفه)** أي كإتلافه **(بوضع حجر أو حفر بئر في غير ملكه بغير إذن من السلطان)** ذكره في "شرح[4] الطحاوي" **(دية على العاقلة بلا كفارة ولا حرمان إرث)** خص الحرمان بهذا النوع لأنه من سائر الأنواع يوجد الحرمان أما إذا كان الجاني مكلفاً وقال الشافعي[5]: يجب الكفارة ويثبت الحرمان إلى قاله بالخطاء [هـ٤٠٣]، قلنا[6]: ها هنا القتل معدوم حقيقة وإنما الحق بالخطأ في حق الضمان فيبقى من غيره على أصله.

باب ما يوجب القود وما لا يوجب

(هو يجب بقتل ما حقن دمه أبداً عمداً) وهو المسلم والذمي بخلاف المستأمن فإن حفظ دمه موقت إلى رجوعه **(فيقتل الحر بالحر وبالعبد)** خلافاً للشافعي[7] فإنه يقول: لا يقتل الحر[8] بالعبد[9] [لقوله تعالى: ﴿ٱلۡحُرُّ بِٱلۡحُرِّ وَٱلۡعَبۡدُ بِٱلۡعَبۡدِ﴾[10] ومن

---

(١) في (ب،ج): (مقصود).
(٢) في (أ،هـ،و): (نائم).
(٣) (عليه): لم ترد في (ب،ج).
(٤) (شرح): لم ترد في (أ،ب،ج).
(٥) ينظر: تحفة المحتاج (٤١٧/١).
(٦) في (د،هـ،و): (وقلنا).
(٧) ينظر: (الأم): (٢٥/٦)، وإعانة الطالبين: (١١٩/٤).
(٨) في (ج): (حر).
(٩) في (ب): (بعبد).
(١٠) البقرة: الآية: (١٧٨).

ضرورة هذه المقابلة بأن لا يقتل حر بعبد][1]، ولنا قوله تعالى: ﴿النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾[2] وقوله تعالى: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ﴾ لا يدل على النفس فيما عداه؛ لأنه تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه كأن لو صح هذه الدلالة قوله تعالى: ﴿وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ﴾[3] على أن لا يقتل [الذكر بالأنثى مع آية القتل][4] بالإجماع، وأما النقض بأن [أ١٦٣و] موجب ما ذكره من العمل بالمفهوم أن لا يقتل [ج١٢١ظ] العبد بالحر كقوله تعالى: ﴿وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ فغير وارد، لأنه ثبت ذلك بدلالة قوله تعالى: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ﴾، وقوله تعالى: ﴿وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ والعمل بالمفهوم مشروط عند القائلين به بعدم معارضة دلالة النص[5] **(والمسلم بالذمي)** خلافاً للشافعي[6] **(لا هما بمستأمن)** هذا تصريح لما يدل عليه قوله أبداً على ما نبهت عليه **(بل هو بنده)** أي يقتل المستأمن بمثله وهو المستأمن قياساً [د٢٤٩و] للمساواة **(لا استحساناً)** لقيام المبيح **(والعاقل بالمجنون والبالغ بالصبي والسالم بالأعمى)** لم يقل والصحيح بالأعمى؛ لأن المفقود في الأعمى هو السلامة دون الصحة ولذلك احتيج إلى ذكر سلامة[7] العين بعد ذكر الصحة في باب الجمعة **(والزمن وناقص الأطراف والرجل بالمرأة والفرع بأصله لا بعكسه ولا سيد بعبده ومدبره ومكاتبه وعبد ولده وعبد بعضه له لا بعبد[8] الرهن حتى يجتمع[9] عاقداه)** لأن المرتهن لا ملك له فلا يليه هو، والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين، فشرط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه **(ولا بمكاتب قتل)** لا حاجة لذكر قيد العمد لما علم أنه شرط في القصاص مطلقاً **(عن وفاء وارث وسيد وإن اجتمعا)** لأنه اشتبه من له الحق لأنه المولى إن مات عبداً والوارث إن مات حراً إذ ظهر الاختلاف بين الصحابة في موته على نعت الحرية أو الرق **(وإن لم يدع وارثاً غير سيده)**[10] سواء ترك وفاء أولاً **(أو لم يدع وفاء أقاد[11] سيده)** خلافاً لمحمد في أولى الصور الأربع[12].

---

(١) ما بين القوسين لم ترد في (ب،ج،و).
(٢) المائدة، آية: (٤٥).
(٣) البقرة، آية: (١٧٨).
(٤) ما بين القوسين لم ترد في (ب،ج).
(٥) في (أ،هـ،و): (نص).
(٦) ينظر: الأم (٦/ ٢٤)، وإعانة الطالبين: (١١٨/٤).
(٧) في (ب): (السلامة).
(٨) في (ب): (يعبد).
(٩) في (هـ): (يجمع).
(١٠) في (هـ، و): (سيد).
(١١) في (و): (أفاد).
(١٢) وهي الصورة الأولى إنه نقل عمداً وترك مالاً يفي ببدل الكتابة ووارثاً حراً وسيداً فحكمهما عدم القصاص عند الجميع وإن اتفق الوارث والسيد على القصاص بناء على إنه مما يندرء بالشبهات =

(ويسقط قود ورثه على أصله) لأن الفرع لا يستوجب العقوبة على أصله وصورة المسألة فيما إذا أقتل [و٢٠٨ظ] الأب اخا امرأته وليس له وارث غيرها ثم ماتت امرأته قبل أن يقتص منه فإن ابنها منه[١] يرث القصاص الذي على أبيه فسقط لما ذكرنا **(ولا يقاد إلا بسيف)** خلافاً للشافعي[٢] والخلاف بيننا وبينه في موضعين:

أحدهما: أن العقود هل يكون بدون سلاح أم لا؟

والثاني: هل يفعل بالقاتل مثل ما فعله بالمقتول أم لا [هـ٤٠٤]؟

والثاني يفارق الأول فيما إذا قطع يده فمات منه فإنه تجز رقبته القاتل عندنا، وعنده يقطع يده فإن [لم يمت تجز منه رقبته][٣] فإن في الصورة تحقق الخلاف الثاني دون الأول، والمذكور في المتن هو الأول من لم يفرق بين الخلافين وذكر الخلاف الثاني في مقام الأول ثم ذكر دليلنا على الخلافية الأولى وهو قوله ﷺ: «لا قود إلا بالسيف»[٤] فقد رسا على كيد الخطاء في الموضعين **(ويقيد أبو المعتوه قاطع يده وقاتل مورثه ويصالح)** هذا إذا صالح قدر الدية أو أكثر منه وإن صالح على أقل منه لا يجب وتجب الدية كاملة **(ولا يعفو)** لأن فيه إبطال حقه **(وللوصي[٥] الصلح فقط)** اي: ليس له العفو لما مر [ج] ولا القتل لا؛ لأن المقصود [د٠٢٥ظ] التشفي وهو مختص بالأب لما سيأتي أن للقاضي ولاية القتل بل لأنه ليس له ولاية على نفسه[٦] وهذا من قبيله وأما استيفاء القصاص في الطرف فقالوا القياس أن لا يملكه الوصي وفي الاستحسان يملكه؛ لأن الأطراف سلك بها مسلك الأموال [ب١٣٥ظ] **(والصبي كالمعتوه والقاضي كالأب في الصحيح)**

= وقال محمد إن فيها قصاصاً، وحكمها وجوب القصاص للمولى عندهم جميعاً، ولم يذكر إلى بعد وهي إنه ما ترك وفاء ولا وارثاً سوى المدى اصلاً أو ترك ورثة ارقاء فان حكمها يفهم بطريق الأولوية. ينظر: الهداية (٤/ ٤٤٦). والوقاية (ص٨٦٦).

(١) في (و): (ومنها).

(٢) ينظر: الشافعي.

(٣) ما بين القوسين لم ترد في (و).

(٤) روي عن الحسن مرسلاً سنن ابن ماجه (٢/ ٨٨٩) رقم (٢٦٦٧). وسنن الترمذي (٤/ ١٥) رقم (١٣٩٤) مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ١٥) ورقم (١٣٩٤)و (٢٧٧٢٢) وما بعدها. والدارقطني (٣/ ٧٨). وشرح معاني الآثار (٣/ ١٨٣) وما بعدها. وسنن البيهقي الكبرى (٨/ ٦٣) ومصباح الزجاجة (٣/ ١٢٩). ومجمع الزوائد (٦/ ١٢٩١). ونصب الراية (٤/ ٣٤١). وما بعدها. والدراية (٢/ ٢٦٥) رقم (١١٠١١). قال البيهقي في المعرفة: وطرق هذا الحديث كلها كمال. والتحقيق (٢/ ٣١٣) رقم (١٧٧١). والخلاصة (٢/ ٢٦٥) رقم (٢٢٢٣). وتلخيص الحبير (٤/ ١٩) رقم (١٦٩٢).

(٥) في (و): (وللموصي).

(٦) في (ب،ج): (نفسيه).

ألا يرى من قتل ولا ولى له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلة[١] فيه (**ويستوفي الكبير قبل كبر الصغير قوداً لهما**) وقالا: ليس له ذلك حتى يدرك الصغير؛ لأن القصاص مشترك بينهما ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزئ وفي استيفاء، ولكل إبطال الحق الغير فيؤخر إلى إدراكه كما إذا كان بين كبيرين وأحدهما غائب وله أنه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة فثبت لكل كحلاً كما في ولاية[٢] الانكاح واحتمال العفو عن الصغير منقطع بخلاف الكبير الغائب [أ١٦٤ظ] (**ويقتص في جرح جعل الجروح ذا فراش حتى مات وثبت ذلك**) أي أصل الجرح ووصفه .(**عياناً، أو بحجة، وفي قتل بحد مرٍ**) المر[٣] بالفارسية كلنك (**أو بظهره إن جرح في الأصح**) في "رواية الأصل" وهو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة لا فرق بين حده وظهره، وهو قولهما، وفي رواية الطحاوي، وهو الأصح المتبر[٤] الجرح في وجوب القود إذا أصابه بظهره وأما أنه لا قود وإن أصابه بظهره وإن جرحه فليس بمروى عنه (**لا في قتل بعودة**) قيل: هو بمنزلة العصا الكبيرة وفيه خلافهما، وقيل: بمنزلة السوط وفيه خلاف[٥] للشافعي (**أو**[٦] **مثقل أو خنق أو تغريق**) خلافاً لهما والشافعي (**أو سوط وإلا في ضربه**) خلافاً للشافعي (**ولا في قتل مسلم مسلماً ظنه مشركاً عند التقاء الصفين**) [انما ذكره مع [و٢٠٨و] انفهامه مما تقدم من قوله كرميه][٧] مسلماً ظنه حربياً لبيان موجبه وهو الذي ذكر بقوله (**بل يكفر ويدي**) أي يعطي الدية قالوا: هذا إذا اختلفوا فإن كان في صف المشركين لا يجب بشيء لسقوطه عصمته بتكثير سوادهم (**وفي موت بفعل نفسه وزيد وسبع و**[٨]**حية ثلث الدية على زيد**) لأن فعل الأسد والحية جنس واحد لكونه هدراً في الدنيا والاخرة وفعله بنفسه جنس آخر [هـ٤٠٥] لكونه هدراً في

---

(١) احترز عما روي عن محمد أن القاضي لا يستوفي القصاص للغير لا في النفس ولا في دون النفس ولا أن يصالح، (مجمع الأنهر) (٢/ ٦٢١).

(٢) (ولاية): لم ترد في (ب،ج).

(٣) المرَّ: بفتح الميم وتشديد الراء وهو خشبة طويلة في رأسها حديدة عريضة من فوقها خشبة عريضة يضع الرجل رجله عليها ويحفر بها الارض، ينظر: (شرح الكنز) (٢/ ٢٣٧).

(٤) في (ب، ج): (المعتبر).

(٥) ينظر: (حاشية البجيرمي): (٤/ ١٣١)، (إعانة الطالبين): (٤/ ١١١).

(٦) في (ب،ج): (او شغل).

(٧) ما بين القوسين لم ترد في (هـ).

(٨) (الواو): لم ترد في (ج).

الدنيا[١] معتبراً في الآخرة [حتى يأثم به وفعل زيد معتبر [د ٢٥٠و] في الدنيا والآخرة][٢] فصارت ثلاثة أجناس فيكون التالف بفعل زيد ثلثه ولا يذهب عليك أن موجب هذا التعليل أن يعتبر في المقتول قيد التكليف حتى يكون فعله جنساً آخر غير جنس فعل الأسد والحية ثم أن مقتضاه أن لا يزيد على الثلث ما يجب على القاتل، ولو كان متعدداً؛ لأن فعل الكل جنس واحد (**ويجب دفع [ج١٢٠ظ] من شهر سيفاً على المسلمين ولو بقتله**) إن لم يكن دفع ضرره إلا به، قال في "الهداية": "و[٣] قوله عليهم" قول محمد[٤] في أصل "الجامع الصغير" فحق على المسلمين أن يقتلوه إشارة إلى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر فإذا لم يكن عين القتل واجباً كان محملاً أن يكون القتل [ب١٣٤و] موجباً للضمان فنفاه بقوله: (**ولا شيء بقتله**) إن كان مكلفاً (**ولا في من شهر سلاحاً على رجل ليلاً أو نهاراً في مصر أو في غيره**) لأن السلاح غير ملبث (**أو شهر عليه عصاً ليلاً في مصر أو نهاراً من غيره فقتله المشهور عليه**) لأن العصا وإن كان ملبثاً ففي الليل لا يلحقه الفوت، ولو في المصر كذا وفي غير المصر (**ولا على من تبع سارقه المخرج سرقته ليلاً فقتله مضطراً**) بأن لم يتمكن من الاسترداد إلا به لقوله ﷺ: «قاتل دون مالك»[٥] وكذا إذا قتله قبل الأخذ إذا قصد أخذ ماله ولم يتمكن من دفعه إلا بالقتل، وكذا إذا دخل رجل دار رجل بالسلاح فغلب على ظن صاحب الدار أنه جاء لقتله يحل قتله (**و قتل بقتل**[٦] **من شهر عصا نهاراً في مصر**) لأن العصا ملبث والظاهر لحقوق الغوث نهاراً في المصر فلا يفضى[٧] إلى القتل غالباً (**ويقتل من شهر سيفاً فضرب ولم يقتل فرجع ثم قتل**) سواء قتله المشهود عليه أو

---

(١) (الدنيا): لم ترد في (هـ).
(٢) ما بين القوسين لم ترد في (ب،ج).
(٣) (الواو): لم ترد في (ب).
(٤) (محمد) لم ترد في (هـ).
(٥) الحديث، صحيح مسلم (١/ ١٢٤) رقم (١٤١) والبخاري (٢/ ٨٧٧) رقم (٢٣٤٨)، عن الزهري، صحيح ابن حبان: (٧/ ٤٦٧) رقم (٣١٩٥) الأحاديث المختارة: (٣/ ٢٩١) رقم (١٠٩١) (ت٦٤٣)، مسند أبي عوانه: (١/ ٥٠) رقم (١٢٨)، سنن الترمذي: (٤/ ٢٨) رقم (١٤١٨)، مجمع الزوائد: (٦/ ٢٤٥)،مصباح الزجاجة: (٣/ ١٠٨)، وسنن النسائي المجتبى: (٧/ ١١٣) رقم (٤٠٨١) نصب الراية: (٤/ ٣٤٨،٣٤٩)، والدراية: (٢/ ٢٦٨) رقم (١٠١٧).
(٦) في (ب، ج): (بقتله).
(٧) في (هـ): (مفضي).

غيره؛ لأنه إذا ضرب ولم يقتل ورجع عادت عصمته فإذا قتل بعد ذلك فقد قتل معصوماً فعليه القصاص **(وتجب الدية بقتل مجنون أو صبي شهر سيفاً على رجل فقتله هو)** أي المشهور عليه **(عمداً في ماله)** أي تجب الدية في ماله؛ لأن العاقلة [لا تتحمل العمد][1] **(والقيمة)** أي يجب القيمة **(في قتل جمل صال عليه)** لأنه قتل شخصاً معصوماً واتلف مالاً معصوماً حقاً لمالك معصوم وفعل الدية لا يصلح مسقطاً وكذا فعلهما وإن كان عصمتها حقهما لعدم اختيار صحيح إلا أنه لا يجب القصاص لوجود المبيع وهو دفع الشر فتجب الدية، وعن أبي يوسف أنه يجب الضمان [د٢٥١ظ] في الدابة لا في الصبي [و٢٠٩ظ] والمجنون؛ لأن عصمتها لحقهما[2] فيسقط بفعلهما وعصمة الدابة لحق صاحبها ولا يسقط بفعلها وقد مر الإشارة إلى الجواب عن هذا، وعند الشافعي[3]: لا يجب الضمان في شيء أصلاً؛ لأنه قتل لدفع الشر كما في [أ١٦٤و] العاقل البالغ.

باب القود فيما دون النفس

(هو فيما يمكن حفظ المماثلة فيقتص قاطع اليد عمداً من المفصل) إنما قال: هذا [هـ٤٠٦] احترازاً[4] عما إذا قطع من نصف الساعد إذ لا يمكن حفظ المماثلة **(وإن كانت يده أكبر مما قطع كالرجل ومارن الأنف)**[5] فإن الرجل إذا قطعت من المفصل يجب القصاص وفي مارن الأنف يجب القصاص لا في قصبة الأنف لعدم حفظ المماثلة فيها **(والإذن والعين إذا ضربت فذهب ضوؤها وهي قائمة)** أراد قيامها غير منخسفة، قال الزاهدي في "شرح القدوري"[6]: "اذا فقئت العين عمداً فذهب نورها ولم تنخسف ففيها [ب١٣٥ظ] القصاص بخلاف ما لو انخسفت بتعذر المماثلة **(فيجعل على وجهه قطن رطب ويقابل عينه بمرآة محماة ولو قلعت لا)** إذ حينئذ لا يمكن رعاية المماثلة **(وكل شجة تراعى فيها المماثلة)** كما لو موضحة: هي أن يظهر العظم **(ولا قود في عظم إلا السن فيقلع إن قلعت)** نص على هذا محمد في "الزيادات" وأشار إليه في "الجامع الصغير" وبه أخذ صاحب

---

(١) ما بين القوسين، لم ترد في (ب، ج).
(٢) في (ب، ج): (لحوقهما).
(٣) ينظر: الشافعي.
(٤) (لاحترازاً): لم ترد في (هـ).
(٥) (الأنف): لم ترد في (ب،ج).
(٦) ينظر: المجتبى (ق٣٧٦و).

"الهداية"، وقال القدوري[١]: يبرد إلى أن ينتهي إلى اللحم ويسقط ما سواه وبه أخذ صاحب "الكافي"، **(وتبرد وإن كسرت ولا بين رجل وامرأة، وبين حر وعبد، وبين عبدين في الطرف)** لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فتنعدم[٢] المماثلة بالتفاوت في القيمة، وقال الشافعي[٣]: يجب القصاص إلا إذا قطع الحرَّ طرف العبد فإنه حينئذ لا قصاص عنده أيضاً **(ولا جائفة برأت)** فإن الجائفة إذا برأت لا يجري فيها القصاص، لأن البرء منها نادر، فالظاهر: أن الثاني يفضي إلى الهلاك، أما إذا لم تبرأ فإن كانت سارية يجب القصاص، فإن[٤] لم تسر بعد ينظر إلى أن يظهر الحال من إبراء و[٥]السراية **(واللسان[٦] والذكر إلا أن تقطع الحشفة)**، لأن الانبساط والانقباض يجري فيهما فلا يراعي المماثلة وعن أبي يوسف إن كان القطع من الأصل يقتص .**(وطرف المسلم والذمي سواء وخير المجنى عليه إن كانت يد القاطع شلّاء أو ناقصة بأصبع أو الشجة لا تستوعب ما بين قرني الشاج واستوعب ما بين قرني المشجوج)** [د٢٥١و] أي: شج رجل رجلاً موضحة حتى وجب القصاص والشجة طولها مقدار شبر مثلاً والرأس المشجوج صغير استوعب[٧] الشجة ما بين قرنيه، ورأس الشاج عظيم لا يستوعب الشجة وهي شبر ما بين قرنيه فالشبر الذي يلحقه المشجوج أكثر مما يلحق الشاج فالمشجوج بالخيار إن شاء اقتص وإن شاء أخذ الإرش.

[فصل]

[و٢٠٩و] **(ويسقط القود بموت القاتل، وبعفو الأولياء وبصلحهم على مال قلّ أو جل ويجب حالاً)** أي عند الإطلاق ولا يكون كالدية مؤجلاً **(وبصلح أحدهم وبعفوه ولمن بقي)** أي من الورثة **(حصته من الدية)** فإن القصاص والدية حق جميع الورثة عندنا خلافاً للشافعي[٨] ومالك في الزوجين **(فإن[٩] صالح بألف وكيل سيد وعبد حر قتلا بالصلح عن دمهما به ينصف)** أي إن كان القاتل حراً وعبداً فامر الحر ومولى [هـ٤٠٧] العبد بأن يصالح عن دمهما على ألف ففعل فالألف على

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٥٠٤). والهداية (٤/ ٤٥٢). واللباب: (٣/ ١٤٧).
(٢) في (د): (فينعدم).
(٣) ينظر: نهاية المحتاج (٨/ ٤١٧).
(٤) في (د، هـ، و): (وان).
(٥) في (ب،ج): (أو).
(٦) في (ب): (كلسان).
(٧) في (د): (استوعبت).
(٨) ينظر: الشافعي ومالك.
(٩) في (ب،ج،هـ،و): (وان).

الحر ومولى [هـ٤٠٧] العبد بأن يصالح عن دمهما على ألف ففعل فالألف على الحر والمولى نصفان **(ويقتل جمع بفرد وبالعكس اكتفاء وإن حضر وليهم)** أي[١] يقتل فرد بجميع ويكتفى بقتله ولا يجب الدية خلافاً للشافعي[٢] فإن عنده يقتل بالأول ويجب الديات[٣] للباقين إن قتلهم على التعاقب وإن قتلهم معاً يقرع بين أولياء المقتولين فأيهم خرجت قرعته [ب١٣٥و] قتل به ويجب الديات للباقين وذكر في "العيون"[٤]: أن في قوله الأخير يقتل بهم ويقسم في الديات بينهم كذا في "الحقائق"[٥] **(وإن حضر)** أي **(ولي واحد**[٦] **قتل له وسقط حق الباقين عندنا، ولا يقطع يدان بيد وإن أمرّا سكيناً على يد فقطعت ضمنا ديتها)**.

وقال الشافعي[٧]: يقرع [أ١٦٥ظ] بينهما ويكون القصاص لمن خرجت قرعته والأرش بالآخر وكذا في "المبسوط" و"المحيط" وكثير من الكتب، ولنا: أن الانقطاع وقع باعتمادها بيدها على السكين عند الأسرار والمحل المميز فيضاف إلى كل واحد البعض بخلاف النفس فإن زهوق الروح غير متحيز .**(وإن قطع رجل يمينه**[٨] **رجلين فلهما يمينه ودية يد، فإن حضر أحدهما وقطع فللآخر الدية)** سواء قطعهما على التعاقب أو معاً، وعند الشافعي[٩]: إن قطعهما على التعاقب يقطع بالأول منهما وللثاني الإرش فإن[١٠] قطعهما معاً يقرع بينهما ويكون القصاص لمن خرجت قرعته والإرش للآخر .**(ويقاد عبد أقر بقود)** لأنه غير متهم فيه لأنه[١١] مضربه ولأنه مبقى على أصل الحرية في حق الدم، وقال زفر[١٢] لا يصح إقراره لأنه يؤدي [د٢٥٢ظ] أي: إبطال حق المولى فصار كالقرار بالقتل خطأً أو بالمال" **(ومن رمى رجلاً عمداً فنفذ إلى آخر فماتا يقتص للأول وعلى عاقلته الدية للثاني)**. لأن الأول عمد والثاني خطأ[١٣].

[فصل]

(وممن قطع يد رجل ثم قتله أخذ بهما في عمدين ومختلفين براء بينهما أو لا

(١) (أي): مكرر في (ب).
(٢) ينظر: الشافعي.
(٣) في (و): (الأديان).
(٤) في (أ،د): (العون).
(٥) ينظر: تبيين الحقائق.
(٦) في (د): (لواحد).
(٧) ينظر: الشافعي، المبسوط،المحيط، يراجع (ص٢٦٧) تقريباً.
(٨) في (هـ): (يمنى).
(٩) ينظر: الأم (٧/ ١٩١).
(١٠) في (أ، ب،ج،هـ، و): (وان).
(١١) في (ب،ج): (لأن).
(١٢) ينظر: (الهداية) (٤/ ٤٥٥).
(١٣) كأنه رمى إلى صيد فأصاب آدمياً والفعل يتعدد بتعدد الأثر: المصدر السابق (٤/ ٤٥٥).

وخطأين بينهما برء وكفت دية إن لم يبرأ بين هذين) هذه ثمانية مسائل، أما عمداً وخطاء ثم القتل كذلك فصار أربعة ثم أما أن يكون برأ أو لا يكون فصار ثمانية.

١- فإن كان كل منهما عمداً فإن برأ بينهما يقتص بالقطع ثم بالقتل [وان لم يبرأ فكذا عنده؛ لأن القطع ثم القتل المثل صورة ومعنى، وعندهما: يقتل][1] ولا يقطع[2] فيدخل جزاء القطع في جزاء القتل.

٢- [وإن كان منهما خطأ فإن برأ بينهما أخذ بهما، أي: تجب دية القطع والقتل وإن لم يبرأ بينهما كفت دية القتل][3]؛ لأن دية القطع إنما تجب عند استحكام أثر الفعل وهو أن يعلم عدم السراية والفرق بين هذه الصورة وبين عمدين [و٢١٠ظ] لا برء بينهما أن الدية مثل معقول، فالأصل عدم وجوبها بخلاف القصاص فإنه مثل معقول.

٣- وإن قطع عمداً ثم قتل خطأ سواء برأ بينهما أو لم يبرأ أخذ بالقطع والقتل أي يقتص للقطع ويأخذ دية النفس [ب١٣٧ظ].

٤- وإن قطع دية خطأ ثم قتل عمداً سواء برأ بينهما أو لم يبرأ تؤخذ[4] الدية[5] للقطع ويقتص للقتل لاختلاف الجانبين؛ لأن أحدهما عمد والآخر خطأ **(كما في ضرب مئة سوط برأ من تسعين ومات من عشرة)** لأنه براء منها لم تبق معتبرة في حق الإرش وإن بقيت في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة [هـ٤٠٨] اندملت ولم يبق لها أثر على أصل أبي حنيفة، وعن أبي يوسف في مثله حكومة عدل، وعن محمد أن تجب أجرة الطبيب وثمن الأدوية **(وتجب حكومة عدل)** سيأتي في كتاب الديات تخسير حكومة العدل **(في مائة سوط جرحته وبقي أثرها)** البقاء الأثر والإرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس.

(ومن قطع فعفا عن القطع ثم مات منه ضمن قاطعه ديته) وقالا[6]: لا يجب شيء لأن العفو عن القطع عفو عن موجبه، وموجب القطع لو اقتصر والقتل إذا سرى له إذا عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية يتبين أن الواقع قتل وحقه فيه إنما لم يجب القصاص لأن صورة [د٢٥٢و] العفو أورثت شبهة **(ولو عفا عن**

---

(١) ما بين القوسين لم ترد في (هـ).
(٢) في (هـ): (أو يقطع).
(٣) ما بين القوسين لم ترد في (هـ).
(٤) في (أ): (يأخذ)، وفي (هـ): (أخذ).
(٥) في (هـ): (وتؤخذ دية النفس بالقتل لأن بعدها).
(٦) ينظر: الهداية: (٤/٤٥٦).

الجناية أو عن القطع وما يحدث منه فهو عفو عن النفس) أما على الثاني فظاهر وأما على الأول فلأن الجناية اسم جنس يتناول الساري[١] والمقتصر **(والخطأ من ثلث ماله)** أي: إذا كانت الجناية خطأ وقد عفا عنها فهو عفو عن الدية فيعتبر من الثلث؛ لأنه حق الورثة متعلق به [أ١٦٥و] **(والعمد من كله)** لأن موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة؛ لأنه ليس بمال والقود وإن كان وجوبه بعد الموت ولكن سببه قد انعقد في حقه فيعتبر عفوه وسيأتي كيفية وجوبه إن شاء الله تعالى[٢] **(وكذا الشجة)** أي لو كان مقام القطع شجة فهو على الخلاف المذكور **(وإن قطعت امرأة يد رجل فنكحها على يده ثم مات يجب مهر مثلها ودية يده في مالها إن تعمدت وعلى عاقلتها إن أخطأت)**هذا عند أبي حنيفة.

وإن العفو عن اليد إذا لم يكن عفواً عما يحدث منه فالتزوج على اليد لا يكون تزوجها على ما يحدث ثم القطع إن كان عمداً يكون هذا تزوجاً[٣] على القصاص في الطرف وهو[٤] ليس بمال فلا يصح مهراً لا سيما على تقدير السقوط فيجب لها مهر المثل لأن يقال القصاص لا يجري بين الرجل والمرأة في الطرف فكيف تزوجها عليه لأن نقول الموجب الأصلي للعمد القصاص لا طلاق قوله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾[٥]، وإنما سقط للتعذر ثم عليها الدية في مالها لأن التزويج وإن[٦] كان يتضمن العفو لكن عن القصاص في [ب١٣٦و] الطرف واذا سرى يتبين أنه قتل واذا لم يتناوله [و٢١٠و] العفو[٧] فيجب الدية وتجب في مالها لأنه عمد ثم تقع المقاصة بين المهر والدية أن كان على السواء وإن كان في الدية فضل ترده على الورثة وإن كان في المهر فضل يرده الورثة عليها وإن كان القطع خطاء يكون هذا تزوجاً على أرش اليد وإذا سرى إلى النفس يتبين أنه لا أرش لليد وإن المسمى معدوم فيجب مهر المثل ولا يتقاص لأن الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها .**(وإن نكحها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية ثم مات ففي العمد مهر المثل)** لأن هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهراً فيجب مهر المثل على ما [هـ٤٠٩] بيناه ولا شيء عليها؛ لأنه لما جعل القصاص مهراً فقد رضي بسقوطه لجهة [د٢٥٣ظ] المهر فيسقطا أصلاً **(وفي الخطأ رفع عن العاقلة مهر مثلها والباقي**

---

(١) في (هـ): (المساري).
(٢) ينظر: ص.
(٣) في (ب،ج): (متزوجاً).
(٤) في (ب،ج): (فهو).
(٥) المائدة، الآية (٤٥).
(٦) في (هـ،و): (إن).
(٧) في (و): (اسم العفو).

وصية لهم فإن خرج عن الثلث سقط وإلا سقط ثلث المال) أي إن كان القطع خطاء يرفع عن العاقلة مقدار مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك الميت وصية؛ لأن هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهراً، إلا أنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لأنه وإن كان مريضاً مرض الموت لكن التزويج من الحوائج الأصلية ولا يصح حق الزيادة على مهر المثل؛ لأنه محاباة فيكون وصية، والدية يجب على العاقلة وقد[1] صارت مهراً فتسقط كلها عمد، وإن كان مهر مثلها مثل الدية أو أكثر، ولا تراجع عليهم بشيء كانوا يتحملون عنها بسبب جنايتها، فإذا صار ذلك ملكاً لها سقط عنهم فلا يغرمون لها، وإن كان مهر مثلها أكل من الدية يسقط عنهم قدر مهر مثلها لما ذكرنا وما زاد على ذلك ينظر، فإن خرج من الثلث سقط منهم أيضاً لأنه وصية لهم وهم أجانب فيصح، وإن كان لا يخرج من الثلث سقط عنهم قدر الثلث وأدوا الزيادة إلى الولي؛ لأن الوصية لا تفاد لها إلا من الثلث، وقال أبو يوسف ومحمد: كذلك الجواب فيما إذا تزوجها على اليد؛ لأن العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين **(وإن مات المقتص له بقطع قتل المقتص منه)** لأنه تبين أن الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود [ب١٣٧ظ]، وعن أبي يوسف: أنه يسقط حقه في القصاص؛ لأنه لما أقدم على القطع فقد ابرأه، ونحن نقول إنما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية [أ١٦٦ظ] تبين أنه في العقود فلم يكن براء عنه بدون العلم به كذا في "الهداية"[2]، وفيه إشكال لما مر أن في صورة العفو يكفي في سقوط القود؛ لأنها تورث شبهة وبذلك تمسكوا في سقوطه فيما إذا عفا عن القطع ثم مات منه ولم يلتفتوا ثم إلى المقدمة القائلة أنه لا يكون بريئاً عنه بدون العلم به **(وضمن دية النفس من قطع قوداً فسرى)** أي استوفى حقه من به القصاص في الطرق فسرى إلى النفس يضمن دية النفس لأن حقه في [و٢١١ظ] القطع وقد قتل وقالا: لا يضمن شيئاً لأنه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه في سد باب القصاص إذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه. [د٢٥٣ج] **(وإرش اليد من قطع يد من عليه قود نفس فعفا عنه)** أي قطع ولي القتيل يد القاتل ثم عفا عن ضمن دية اليد لأنه استوفى غير حقه لكن لا يجب القصاص للشبهة. وقالا: لا يضمن شيئاً لأنه استحق إتلاف النفس بجميع أجزائها فأتلف

---

(١) في (ب،ج): (فقد).

(٢) ينظر: الهداية: (٤/ ٤٥٧) وما بعدها.

البعض فإذا عفا فهو عفو عما وراء هذا البعض فلا يضمن شيئاً.

باب [هـ٤١٠] الشهادة في القتل واعتبار حالته

(القود يثبت بدأ للورثة لا إرثاً) أي يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله بخلاف الدين والدية؛ لأنه من أهل الملك في الأموال كما إذا نصب شبكة وتعلق بها صيد بعد موته فإنه يملكه فطريق[1] ثبوته[2] الخلافة، وقالا: طريقه طريق الوارثة كالدين؛ لأنه عوض نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية، ولهذا لو انقلب ما لا يكون للميت ويسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت **(فلا يصير أحدهم خصماً عن البقية)** تفريع على الأصل المذكور اعلم: أن أحد الورثة ينتصب خصماً عن نفسه وعن شركاؤه فيما يدعى للميت وعلى الميت حتى إن ادعى أحد الورثة شيئاً من التركة على أحد وأثبته ثبت[3] حق الجميع فلا يحتاج الباقون إلى تجديد الدعوى، وكذا إذا ادعى أحد على أحدهم شيئاً من التركة، وأقام البينة عليه يثبت على الجميع حتى لا يحتاج المدعى إلى أن يدعى على الباقين وفيما لا يدعى له أو عليه بل يدعى على الورثة أولهم فلا ينتصب أحدهم خصماً[4] عن الباقين ولما كان [ب١٣٧و] القصاص من قبل الثاني عنده لم ينتصب أحدهم خصماً عن الباقين عنده خلافاً لهما .**(فلو أقام حجة على قتل أبيه عمداً غائباً أخوه فحضر يعيدها)** تفريع على ما تقدم إذا قام أحد الورثة بينة واخوه غائب، أن فلاناً قتل أباه عمداً يريد القصاص، لا يقتص ثم حضر اخوه يحتاج إلى اعادة البينة لقتلاه عنده خلافاً لهما (**وفي الخطأ)** ولا يحتاج إلى إعادة البينة، إذا كان القتل خطأ؛ لأن موجبه المال وطريق بثبوته الميراث **(والدين)** لا لما مر أن أحدهم ينتصب **(ولو برهن القاتل على عفو الغائب فالحاضر خصم)**؛ لأنه يدعي عليه[5] [د٢٥٤ظ] سقوط حقه في القصاص، وانتقاله إلى المال فيكون خصمان. **(وسقط[6] القود، وكذا لو قتل عبده[7] عمداً بين رجلين)** أي مشترك بينهما **(أحدهما غائب)** اي: إذا أدى القاتل على الحاضر من الشريكين أن شريكه الغائب قد عفى فالحاضر خصم وسقط القود لما ذكرنا آنفاً **(وإن شهد ولياً قود بعفو ثالثهما لغت)**

---

(١) في (هـ): (بطريق).
(٢) في (هـ): (ثبوت).
(٣) (ثبت): لم ترد في (ب،ج).
(٤) في (هـ): (خصمان).
(٥) (عليه): لم ترد في (ب،ج).
(٦) في (ب،ج): (ويسقط).
(٧) في (و): (عبد).

أي شهادتهما لم تقبل؛ لأنهما يجران على [و٢١١و] انفسهما نفعاً وهو الانقلاب القود مالاً (**وهي**) اي: تلك الشهادة (**عفو منهما**). لأنهما زعما أن القصاص مما سقط وزعمهما في حق أنفسهما معتبر .(**فان صدقهما القاتل وحده، فلكل منهم ثلث الدية**)(١) لأنه بتصديقه إياهما أقر لهما بثلثي الدية فيلزمه لكن [أ١٦٦و] يزعمون كلهم أن نصيب الولي المشهود عليه قد سقط العفو(٢)وهو منكر فلا يقبل قولهم عليه ويحول نصيبه أيضاً مالا فوجب كل الدية (**وإن كذبهما أيضاً فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية**).

أ- اي إن كذبهما القاتل أيضاً بعد أن كذبهما الولي المشهود عليه بالعفو فلا شيء للوليين الشاهدين لأنهما بشهادتهما [هـ٤١١] عليه بالعفو أقرا ببطلان حقهما في القصاص فصح إقرارهما في حق أنفسهما وادعيا انقلابه مالاً فلا يصرف دعواهما إلا ببينة وللمشهود عليه ثلث الدية؛ لأن دعواهما العفو وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حقه فينقلب نصيبه مالاً (**وإن صدقهما الأخ فقط فله الثلث**).

ب- أي إن أصدقهما الولي المشهود عليه وحده دون القاتل ضمن القاتل ثلث الدية له ؛ لأن أقر له بذلك فإن قبل كيف يكون له الثلث وهو [ب١٣٨ظ] قد أقر أنه لا يستحق على القاتل شيئاً بدعواه العفو قلنا: ارتد إقراره بتكذيب القاتل إياه فوجب له ثلث الدية وها هنا احتمال آخر وهو.

ج- أن يصدقهما القاتل والولي المشهود عليه، وإنما لم يذكره لانفهام(٣) حكمه وهو أن لا يكون له شيء مما ذكر فإنه قذفهم منه إن استحقاق الآخر الثلث بأحد الأمرين بتكذيبه أو بتكذيب القاتل ثم أن الشهادة حقيقة في أولى الصور المذكورة وفي دعوى أو إخبار وكان عبارة الإخبار ينتظم الكل وإنما اختار عبارة الشهادة رعاية لحق الصورة الأولى (**وإن اختلف شاهدا القتل في زمانه، أو مكانه، أو آلته، أو قال شاهد: قتله بعصا، والآخر جهلت آلة قتله لغت، وإن شهدا بقتله وقالا: جهلنا آلته تجب الدية في ماله**) [د٢٥٤و] استحساناً، والقياس: أن لا يقبل هذه الشهادات ؛ لأن الفعل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به، ووجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بجمل أقل موجبه وهو الدية وإنما يجب في ماله لأن الأصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة .(**وإن أقر كل من**

---

(١) (الدية): لم ترد في (ب).
(٢) في (ب،ج): (بعقود).
(٣) في (ب،ج): (لا نفهامه).

رجلين[١] **بقتل زيد، وقال الولي قتلتماه**[٢]**، ولو كان مكان الإقرارين شهادتان لغتا)**؛ لأن في الثاني تكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد له وانفراده في القتل وهذا يبطل شهادته؛ لأن التكذيب تفسيق وفي الأول تكذيب المقر له في بعض ما أقر به وهذا لا يبطل الإقرار **(والعبرة لحالة الرمي لا للوصول**[٣] **فتجب الدية على من رمى مسلماً فارتد فوصل)** قالا: لا يجب شيء إذ بالارتداد سقط تقومه فصار مبرأً للرامي عن موجبه كما إذا أبرأ بعد الجرح قبل الموت وله الضمان يجب بفعله وهو الرمي والرمي إليه متقوم في تلك الحالة **(والقيمة لسيد عبد رمي إليه فأعتقه فوصل)** هذا عندهما، وقال محمد: عليه فضل ما بين قيمته والى غير مرمى **(وإن ضربت أمة فأعتق سيدها، فالقت الجنين فمات يجب قيمته حياً لا ديته)**؛ لأن قتله بالضرب السابق رق كان في حالة الرق **(والجزاء على المحرم رمى صيداً فحل فوصل لا على حلال رماه فأحرم فوصل ولا يضمن من رمى مقضياً عليه برجم فرجع شاهده فوصل**[٤] **صيد رماه مسلم فتمجس**[٥] **موصل لا رماه مجوسي فأسلم فوصل)** لما عرفت أن المعتبرة أنه الرمي [والله أعلم].[٦]

---

(١) في (ب،ج): (الرجلين).

(٢) في (ب،ج): (قتلهما).

(٣) في (ب،ج،هـ،و): (الوصول).

(٤) في (هـ): (نوصل).

(٥) في (ب،ج): (فتجس).

(٦) مابين القوسين، زيادة من (ز).

كتاب الديات[1]

(الدية)[2] في الشرع [ب١٣٨و] **(اسم للمال الذي هو بذل النفس)** لا تسمية للمفعول بالمصدر؛ لأنه من المنقولات الشرعية **(وهي من الذهب ألف دينار، ومن الورق عشرة الآف درهم)** وقال الشافعي[3]: اثنى عشر الفاً **(ومن الإبل مئة وهذه في شبهة العمد أرباع: من بنت مخاض، وبنت لبون، وحقة، وجذعة، وهي المغلظة وفي الخطاء اخماس منها، ومن ابن مخاض)** الدية عنده لا يكون إلا من هذه الأنواع الثلاثة.

وقالا: منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة [أ١٦٧ظ] كل حلة ثوبان؛ لأن عمر هكذا جعل على أهل مال منها[4]، وله: أن [د٢٥٥ظ] هذه الأشياء مجهولة المالية فلا يصح بها التقدير والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة وعد مناها في غيرها ثم الدية المغلظة عند الشيخين خمس وعشرون بنت مخاض: وهي التي تمت عليها حول خمس وعشرون بنت لبون: وهي التي تمت عليها حولان وخمس وعشرون حقه، وهي التي تمت عليها ثلاث سنين وخمس وعشرون جذعة، وهي التي تمت عليها اربع سنپن، وعند محمد والشافعي[5]: ثلاثون حقه وثلاثون جذعة وأربعون ثنية كلها خلقات والخلقة: الحامل والثنية ما دخل في السنة السادسة والتغليظ[6] مختلف فيه بين الصحابة رضوان الله عليهم[7] والشيخان أخذا بقول أبي مسعود ومحمد والشافعي[8]: أخذا

---

(١) في (أ): (الدية).
(٢) (الدية): لم ترد في (هـ).
(٣) ينظر: الشافعي، (الأم): (٦/ ١٠٥)، ومنهاج الطالبين: (ص١١٥).
(٤) ينظر: مصنف عبد الرزاق: (٩/ ٢٩٢)،، وسنن أبي داود (٤/ ١٨٤) رقم (٤٥٤٢)، والدراية: (٢/ ٢٧٣) رقم (١٠٢٤).
(٥) ينظر: (الأم): (٦/ ١٠٥).
(٦) أن التغليظ من حيث السن لا من حيث العدد فلا يزاد على المائة، ينظر: درر المنتقى: (٢/ ٦٣٧)، مجمع: (٢/ ٦٣٨.)
(٧) ينظر: سنن أبي داود: (٤/ ١٨٦)، وما بعدها من الرقم (٤٥٥٠) إلى (٤٥٥٤)، ومصنف ابن أبي شيبة: (٥/ ٣٤٧)، من الرقم (٢٦٧٥٧) إلى (٢٦٧٦٠)، ونصب الراية: (٤/ ٣٥٦)وما بعدها، والدراية: (٢/ ٢٧١) رقم (١٠٢٠) ومعتصر المختصر: (٢/ ١٠٧).
(٨) ينظر: (الأم): (٦/ ١٠٥)، (ومنهاج الطالبين): (ص١١٥)

بقول عمر وزيد بن ثابت[١] والمغيرة[٢] [ج١٢٢ظ] وأبي موسى[٣] ودية الخطاء عندنا عشرون ابن المخاض وهو ذكر تمت عليه حول ومن الأصناف الأربعة المذكورة عشرون، وعند الشافعي[٤]: عشرون ابن لبون فكان ابن مخاض **(وكفارتهما عتق رقبه، فإن عجز عنه صام شهرين ولاء، ولا إطعام فيها)** اذ لم يرد به النص **(وصح رضيع أحد ابويه مسلم)**؛ لأنه مسلم تبعاً لا الجنين **(وللمرأة نصف ما للرجل في دية النفس وما دونها)** وقال الشافعي[٥]: الثلث وما دون النفس لا ينصف كذا في "التبيين" **(وللذمي ما للمسلم.)** وقال الشافعي[٦]: دية الكتابي ثلث دية المسلم ودية المجوسي والوثني خمس دية المسلم وقال مالك[٧]: دية الذمي نصف دية المسلم ودية المسلم اثنى عشر الفاً كذا في "الحقائق".

[فصل فيما دون النفس]

[و٢١٢و]، **(وفي النفس والأنف، والذكر، والحشفة، والعقل، والشم، والذوق، والسمع، والبصر، واللسان إن منع أداء أكثر الحروق، ولحية حلقت فلم تنبت وشعر الرأس الدية)** أي الدية كاملة [ب١٣٩ظ] وعند مالك[٨]

---

(١) وهو: أبو سعيد، وقيل: أبو عبد الرحمٰن، زيد بن ثابت بن الضحاك الخزرجي توفي بالمدينة سنة (٤٥هـ) وأخذ عنه عشرة من فقهاء المدينة وهم: سعيد بن المسيب، وأبو سلمة بن عبد الرحمٰن، وعبيد الله بن عبيد الله بن عتبة بن مسعود، وعروة بن الزبير، وأبو بكر بن عبد الرحمٰن، وخارجة بن زيد، وسليمان بن يسار، وأبان بن عثمان، وقبيصة بن ذؤيب. ينظر: مشاهير علماء الأمصار (١/ ١٠)رقم (٢٢) وطبقات الفقهاء ص٢٥. وصفة الصفوة (١/ ٧٠٤) رقم (١٠١). وسير أعلام النبلاء (٢/ ٤٢٦) رقم (٨٥) والإصابه (٢/ ٥٩٢) رقم (٢٨٨٢).

(٢) وهو: أبو عبد الله، وقيل: أبو محمد، وقيل: أبو عيسى، المغيرة بن شعبة بن عامر بن مسعود بن متعب، من كبار الصحابة، أولي الشجاعة والمكيدة، شهد بيعة الرضوان، توفي سنة (٥٠هـ). ينظر: الآحاد والمثاني (٣/ ١٩٩) رقم (٤٦١) ومعجم الصحابة (٣/ ٨٧) رقم (١٠٤٨) والطبقات (١/ ١٣١) وسير أعلام النبلاء (١/ ١٣).

(٣) وهو: عبد الله بن قيس بن سليمان الأشعري، مات بالكوفة سنة (٥٢هـ) كان أحد الذين بعثهم الرسول ﷺ إلى اليمن ليعلموا الناس القرآن، تولى البصرة في عهد عمر بن الخطاب ﷺ. ينظر: طبقات الفقهاء ص٢٥.

(٤) ينظر: (منهاج الطالبين) (ص١١٥).

(٥) ينظر: (الأم): (٦/ ١٠٦)، (وقليوبي وعميرة): (٤/ ١٣٠).

(٦) ينظر: (الأم) (٦/ ١٠٥)، (ومغني): (٤/ ٥٧)، (وحاشية الشيرواني): (٨/ ٤٥٦).

(٧) ينظر: كفاية الطالب (٢/ ٣٩٦) وأسهل المدارك (٣/ ١٣٢).

(٨) ينظر: كفاية الطالب (٢/ ٣٩٦) وأسهل المدارك: (٣/ ١٣٤).

والشافعي[١]: تجب في اللحية وشعر الرأس حكومه العدل **(كما في اثنين مما في البدن اثنان وفي أحدهما نصفها، وكما في أشفار[٢] العينين وفي أحدهما ربعها، وفي كل أصبع يد أو رجل عشرها، وفي مفصل من إصبع فيها مفاصل ثلث عشرها وفيها فيه مفصلان نصف عشرها كما في كل سن)**[٣] لقوله ﷺ: [هـ٤١٣] «في كل سن خمس من الإبل»[٤] فإن قلت زيد حينئذ دية الاسنان كلها على دية النفس بثلثه أخماسها قلت: نعم، ولا بأس فيه؛ لأنه ثابت بالنص على خلاف القياس ذكر في "غاية البيان"، فإذا لم يكن [د٢٥٥و] معقول المعنى فليس علينا أن نطلب له الوجه المعقول، ومن غفل عن هذا تصدى لتخريج[٥] الوجه ولم يدر أن موجب ما ذكره أن يختلف دية السن بأن يكون دية السن التي سقط ما يقابلها قبل ذلك انقص من دية السن التي لم تسقط ما يقابلها قبله **(وكل عضو ذهب نفعه بضرب ففيه دية كيد شلت وعين عميت)**.

[فصل في الشجاج]

(ولا قود في الشجاج إلا في الموضحة) هي: ما توضح العظم: أي يظهره **(عمداً)** هذا رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال محمد في " الأصل"[٦]: وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة؛ لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه إذ

---

(١) ينظر: الأم (٦/ ١٢٣)، ومنهاج الطالبين: (ص١١٦)، ومغني المحتاج: (٤/ ٥٨).

(٢) أشفار: وهي جمع شفرة العين بضم الشين، وهو حرف الجفن حيث ينبت الهدب، ينظر: شرح الكنز (٢/ ٢٤٥).

(٣) إن عدد الأسنان، وإن كان اثنين وثلاثين فالأربعة الاخيرة وهي أسنان الحلم قد لا تنبت لبعض الناس، وقد ينبت لبعضهم بعضاً، وللبعض كلها، فالعدد المتوسط للأسنان ثلاثون، ثم للأسنان منفعتان الزينة والمضغ، فإذا سقط سن بطل منفعتها بالكلية، ونصف منفعة السن التي تقابلها، وهي منفعة المضغ وإن كان النصف الاخر وهو الزينة باقياً، و إذا كان العدد المتوسط ثلاثين فمنفعة السن الواحدة ثلاث العشر، ونصف المنفعة سوى العشر ومجموعتها نصف العشر، ينظر: الدرر الحكام: (٢/ ١٠٥).

(٤) ينظر: مسند الشافعي: (١/ ٣٤٨)، والسنن الكبرى: (٤/ ٢٤٣)، رقم (٧٠٤٥)، ومسند أحمد: (٢/ ١٨٢)، رقم (٦٧١١)، وسنن الدارمي: (٢/ ٢٥٦) رقم (٢٣٧٥)، وسنن أبي داود: (٤/ ١٨٩)، رقم (٤٥٦٤)، وسنن الدارقطني: (٣/ ٢٠٩) رقم (٣٧٨)، والمنتقى لابن الجارود (١/ ١٩٨)، رقم (٧٨٤)، وسنن البيهقي (٨/ ٩٠)، وسنن النسائي (المجتبى): (٨/ ٥٥) رقم (٤٨٤١).

(٥) في (أ،ب،ج): (تخريج).

(٦) يراجع: الأصل، وذكره في الدرر الحكام.

ليس فيه عند كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر نحورها بمسبار[١]، ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك، فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص كذا في "الهداية"[٢]، وفي "التبيين"، وهو الأصح **(وفيها خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة)** هي التي تكسر العظم **(عشرها وفي المنقلة)** وهي: التي تحول العظم بعد الكسر **(عشرها ونصف عشرها والآمة)** هي: التي تصل أم الدماغ، وهي: الجلدة التي فيها [ج١٢٢و] الدماغ **(والجائفة)** هي: الجراحة التي وصلت إلى الجوف.

(ثلثها وفي جائفة نفدت ثلثاها)؛ لأنها بمنزلة جائفتين **(والحارصة)** هي التي تحرص الجلد، أي تخدشه **(والدامعة)** هي: تظهر الدم كالدمع في العين ولا يسيله[٣] **(والدامية)** هي التي تسيل الدم **(والباضعة)** هي التي تبضع الجلد فتقطعه **(والمتلاحمة)** هي التي تأخذ في اللحم **(والسمحاق)** هي التي تصل إلى السمحاق [أ١٦٧و]، أي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس **(حكومة العدل)** أراد تفسير حكومة العدل فقال **(فيقوم عبراً بلا هذا الأثر معه، فقدر التفاوت بين القيمتين من الدية هو)** أي ذلك القدر **(هي)** أي حكومة العدل هذا ما قاله الطحاوي **(وبه يفتى)** ذكره في "الخانية"، وقال الكرخي: أنه ينظر كم مقدار الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية [ب١٣٩و]، وقال شيخ الإسلام؛ قول الكرخي أصح[٤] **(وفي كل إصبع يد بلا كف ومعها نصف الدية)**؛ لأن الكف تابع فلا يؤثر زيادتها ولا نقصاناً **(ومع نصف الساعد نصف دية وحكومة عدل)**؛ لأن الساعد ليست تبعاً وفي رواية عن أبي يوسف [و٢١٣ظ] أن ما زاد على اصابع [د ٢٥٦ظ] اليد والرجل إلى المنكب واصل الفخذ وهو تبع؛ لأن الشارع أوجب في الواحدة منها نصف الدية واليد اسم لهذه المجارحة إلى المنكب والرجل إلى أصل الفخذ فلا يزاد على تقدير الشرع **(وفي كف فيها [هـ٤١٤] أصبع عشرها وإن كانت[٥] أصبعان فخمسها، ولا شيء في الكف)** وقالا[٦]: "ينظر إلى أرش الكف والأصبع فيكون عليه الأكثر ويدخل القليل في الكثير وإن كانت في الكف ثلث

---

(١) مسبار: فتيلة ونحوها توضع في الجرح ليعرف عمقه. ينظر: لسان العرب (٤/ ٣٤٠) والمغرب (١/ ٣٧٩) والمصباح المنير (١/ ٢٦٣).

(٢) ينظر: الهداية: (٤/ ٤٦٨).

(٣) في (ب،ج): (ولا تسيل)

(٤) لأن علياً ﷺ اعتبر بهذا الطريق فيمن قطع طرف سنه، كما في "الوقاية" ص٨٨١. والدرر الحكام (٢/ ١٠٦).

(٥) في (ب،ج): (كادت).

(٦) ينظر: (الهداية): (٤/ ٤٧٠).

أصباع يجب أرش الأصباع ولا يجب في الكف شيء بالإجماع؛ لأن الأصباع اصل[١] وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف، **(وفي كل أصبع زائدة، وعين صبي وذكره، ولسانه لو لم يعلم العمة بحاول على نظره، وتحرك ذكره وكلامه حكومة عدل)**[٢][٣]، وقال الشافعي[٤]: تجب دية كاملة؛ لأن الغالب العمة أما إن علم صحة هذه الأعضاء فالواجب الدية الكاملة اتفاقاً.

(ودخل إرش موضحة أذهبت عقله أو شعر رأسه في الدية)؛ لأن بفوات العقل يبطل منفعة جميع الأعضاء فصار كما إذا أوضحه فمات وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر، حتى لو نبت سقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلق بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة، وقال زفر: لا يدخل؛ لأن كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتدخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرنا **(وإن ذهب سمعه أو بصره أو نطقه لا)** قالوا هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف: أن الشجة تدخل في دية السمع والنطق ولا تدخل في دية البصر [ج١٢٣ظ] **(ولا قود إن ذهبت عيناه بل الدية فيهما)** أي في الموضحة والعينين الدية، وقال: في الموضحة القصاص وفي العينين الدية **(ولا بقطع أصبع شل جاره)** وعندهما وعند زفر: يقتص من الأول وفي الثاني أرشها **(وأصبع قطع مفصله الأعلى وشلّ ما بقي بل دية المفصل، والحكومة فيما بقي ولا بكسر نصف سنّ اسود باقيها، بل كل دية السن[٥] ويجب الإرش على من أقاد سنه ثم نبتت)** أي نبت سن من اقاد فعلم أنه بغير حق لأن الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى [ب١٤٠ظ] فانعدمت الجناية ولهذا يستأني حولاً بالإجماع فكان ينبغي أن ينتظر اليأس في ذلك القصاص إلا أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لأنه ينبت فيه ظاهراً فإذا مضى الحول ولم يثبت قضينا بالقصاص وإذا نبت تبين أنا أخطأنا فيه [د٢٥٦و] والاستيفاء كان بغير حق إلا أنه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال**(أو قلعها فردت)** أي ردها صاحبها **(الى مكانها ونبت عليها اللحم)**؛ لأن

---

(١) (أصل): بياض في (هـ). (٢) (عدل): لم ترد في (ب،ج).

(٣) ولنا: أن المقصود من هذه الاعضاء المنفعة، فإذا لم تعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك، والظاهر لا يصح حجة للالزام بخلاف المارن، والأذن الشاخصة؛ لأن المقصود وهو الجمال، وقد فوته على الكمال، ينظر: الهداية: (٤/ ٤٧٠).

(٤) ينظر: منهاج الطالبين: (ص١١٦)، ومغني المحتاج: (٤/٦٦).

(٥) في (ب،ج): (النفس).

هذا مما يعتد به اذ العروق لا تعود، وفي "النهاية" قال شيخ الإسلام رحمه الله : " هذا إذا لم تعد إلى مكانها الأولى بعد النبات في المنفعة والجمال"[١] **(لا إن قلعت فنبت أخرى)** لأن الجناية انعدمت معنى حيث لم تفت عليه منفعة ولا زينة [أ١٦٨ظ]، وقالا : عليه الإرش كاملاً ؛ لان الجناية وقعت موجبة له والذي نبتت نعمة [و٢١٣و] مبتدأة من الله تعالى، وفي "الهداية"[٢] وغيرها. أن [هـ٤١٥] خلافهما في سن الرجل لا في السن الصبي، ويرد عليه : أنه فيه تخصيص الحكم مع اشتراك الدليل.

(أو هو التحمت[٣] شجة أو[٤] جرح بضرب فبرء ولم يبق أثره[٥])[٦] لزوال الشين الموجب، وقال أبو يوسف: "عليه أرش الالم وهو حكومة عدل[٧]" قيل: ينظر أن الإنسان بكم يجرح نفسه مثل هذه الجراحة[٨]، فإن بعض الناس يجرح[٩] نفسه ويأخذ على ذلك شيئاً ؛ لأن الشين الموجب إن أزيل فالألم الحاصل لم يزل، وقال محمد: "[١٠]عليه أجرة الطبيب [وثمن الدواء"، وفي" شرح الطحاوي"، فسر قول أبي يوسف أرش الألم بأجرة الطبيب][١١]، والمداواة فعلى هذا لا خلاف بينهما[١٢] **(ولا يقاد وجرح إلا بعد برء)** وقال الشافعي: يقتص في الحال كما في القصاص في النفس وعمد الصبي والمجنون خطأ وعلى عاقلته الدية، ولا كفارة ولا حرمان إرث.

[فصل في الجنين]

(ومن ضرب بطن امرأة تجب غرة خمسمئة درهم على عاقلته) في سنة، وقال الشافعي[١٣]: في ثلاث سنين كالدية، وقال مالك[١٤]: في ماله، ولنا: أنه

---

(١) وأما إذا عادت فلا شيء عليه، ينظر: (غنية ذوي الأحكام): (٢/ ١٠٧).
(٢) ينظر: (الهداية): (٤/ ٤٧٢)
(٣) في (أ، د، و): (أو التحم).
(٤) في (ب،ج): (شجة أو موضحة جرح).
(٥) في (ب، ج، و): (أثر).
(٦) سقط الإرش عن أبي حنيفة رحمه الله، ينظر: الهداية (٤/ ٤٧٢).
(٧) المصدر السابق.
(٨) في (ب): (الجراحته).
(٩) في (ب،ج): (مجرح).
(١٠) المصدر السابق.
(١١) ما بين القوسين لم ترد في (أ).
(١٢) وفي (البرجندي) عن (الخزانة) والمختار قول أبي حنيفة، ينظر: (درر المنتقى): (٢/ ٦٤٨).
(١٣) ينظر: (الأم): (٦/ ١١٢).
(١٤) ينظر: الشرح الصفير : (٤/ ٣٨٠)، وأسهل المدارك، (ص١٤٢) وما بعدها.

ﷺ[١]: «قضى بالعزة على العاقلة في سنة» .**(إن ألقت ميتاً ودية)** أي تجب الدية **(إن كان حياً فمات)** لأن موته بسبب الضرب **(غرة ودية إن كان ميتاً فماتت الأم ودية الأم فقط إن ماتت فالقت ميتاً)**؛ لأن موت الأم سبب لموته ظاهراً فإنه يختنق بموتها، وقال الشافعي[٢]: تجب الغرة مع الدية [ج١٢٣و] **(وديتان إن ماتت فألقت حياً فمات وما يجب فيه)** أي في الجنين **(يورث عنه لا يرث الضارب)** لأنه قاتل مباشرة ظلماً ولا ميراث للقاتل [ب١٤٠و] بهذه الصفة **(وفي جنين الأمة نصف عشر قيمته، لو ذكر أو عشر قيمته لو أنثى)** لا تفاوت في غرة الجنين بين الذكر والأنثى واذا كان حراً وتفاوت إذا كان [د٢٥٧ظ] رقيقاً لأن دية الرقيق قيمته فما يقدر من دية الحر بقدر من قيمة الرقيق ولا يلزم أن يكون الواجب في الأنثى أكثر من الواجب في الذكر لأن العادة قيمة الغلام تزيد على قيمة الجارية، وقال أبو يوسف: تجب ضمان النقصان لو انتقصت الأم اعتباراً بجنين البهائم وهذا لأن الضمان في قتل رقيق ضمان مال وعنده فصح الاعتبار على أصله، وقال الشافعي[٣]: فيه عشر قيمة الأم؛ لأنه جزء من وجه وضمان الأجزاء يؤخذ بمقدارها من الأصل **(ولا كفارة في الجنين)** خلافاً للشافعي ، **(وما استبان بعض خلقه كالتام فيما ذكر وضمن الغرة عاقلة حرة)** في سنة واحدة، وإن لم تكن لها عاقلة يجب في مالها في سنة ايضاً **(أسقطت ميتاً عمداً بدواء أو فعل[٤] بلا أذن زوجها وإن أذن لا)** لعدم التعدي.

باب ما يحدث في الطريق

(من أحدث في طريق[٥] العامة كنيفاً أو ميزاباً أو جرصناً [٦] أو دكاناً) الكنيف المستراح والميزاب مجرى الماء، والجرصن: البرج، وقيل: مجرى ماء يركب في

---

(١) قال في نصب الراية : (٤/ ٣٨٣)، غريب، وقال ابن حجر في الدراية: (٢/ ٢٨٢)، لم أجد من وصله.

(٢) ينظر: (تحرير تنقيح اللباب) (ص١٠٧) (وقليوبي وعميرة): (٤/ ١٦١).

(٣) ينظر: (مغني المحتاج): (٤/ ١٠٦)، الهداية: (٤/ ٤٧٥).

(٤) امرأة أسقطت ميتاً بدواء أو فعل كضربها مثلاً، ففيه الغرة تجب على عاقلتها في سنة واحدة الا أن يكون باذن الزوج فحينئذ لا يلزم شيء، ولو أمرت امرأة ففعلت لا تضمن المأمورة، ينظر: الدرر الحكام (٢/ ١٠٩).

(٥) في (ب،ج،هـ) (الطريق).

(٦) جرصناً: وهو الممر على العلو، وهو مثل الرف، وقيل: هي الخشبة الموضوعة على جدار السطحين ليتمكن من المرور، وقيل: هو الذي يعمل قدام الطاقة لتوضع عليه كيزان ونحوها، ينظر: (شرح الكنز) (٢/ ٢٤٩).

الحائط وعن البزدوي [هـ٤١٦] جذع يخرج [و٢١٤ظ] من الحائط ليبنى عليه **(وسعه**[١] **ذلك إن لم يضر الناس)**[٢] إنما قال هذا؛ لأنه إذا أضر لا يحل له لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»[٣] **(ولكل نقضه)** خلافاً لهما، وكذا منعه، خلافاً لمحمد ابتداء سواء كان فيه ضرر أو لم يكن؛ لأنه تصرف خاص في الحق[٤] المشترك فلا يجوز كما في المشترك **(وفي غير نافذ لا يسعه بلا إذن الشركاء، وإن لم يضر وضمن عاقلته دية مات بسقوطه)** أي سقوط ما أحدث في طريق العامة **(كما لو وضع حجراً،أو حفر بئراً في الطريق فتلف نفس، وإن تلف فيه بهيمة ضمن هو أن لم يأذن به الإمام)** فإن الضمان في جميع ما ذكر إنما يكون إذا لم يأذن به الإمام **(فإن**[٥] **أذن أو مات واقع في بئر طريق جوعاً أو غماً)** المراد من الغم هنا: الاختناق من هواء البئر **(فلا)** لأنه مات بمعنى في نفسه والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع وقال أبو يوسف[٦]: " في الجوع والعطش كذلك فلا يختص بالبئر"، وقال محمد: هو ضامن من الوجوه كلها؛ لأن ذلك حصل له بسبب الوقوع ولولا [ب١٤١ظ] ذلك [أ١٦٨و] ليتناول الخبز والماء **(من نحى حجراً، وضعه آخر فعطبت به رجل ضمن)**[٧] لا؛ لأن فعل الأول انفسخ بفعل الثاني [د٢٥٧و] [ج١٢٤ظ] وإلا ما شرط التنعية بل؛ لأن حكم فعله قد انفسخ الفراغ ما شغله [وإنما اشتغل بالفعل][٨] الثاني موضع آخر **(كمن حمل شيئاً في الطريق فسقط منه على آخر أو دخل بحصير، أو قنديل أو حصاة في مسجد غيره)** إذا كان المسجد للعشيرة فعلق واحد منهم قنديلاً أو جعل فيه بواري أو حصى فعطب به شخص لم يضمن، وإن كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا: هذا عنده، وقالا: " لا يضمن في الوجهين[٩]"؛ لأن القرابة لا يتقيد بشرط السلامة وله: أن تدبير المسجد لأهله دون غيرهم فكان فعلهم صباحاً وفعل

---

(١) في (هـ،و): (لوسعه). (٢) في (أ،ب،ج): (الناس).

(٣) ينظر: (الموطأ) (٢/ ٧٤٥) رقم (١٤٢٩)، (ومسند الشافعي): (١/ ٢٢٤)، (وسنن ابن ماجة): (٢/ ٧٨٤)، رقم (٢٣٤٠)، (والمستدرك): (٢/ ٦٦) رقم (٢٣٤٥)، (وسنن البيهقي الكبرى): (١٠/ ١٣٣)، (ومصباح الزجاجة): (٣/ ٤٨)، (ونصب الراية): (٤/ ٣٨٦)، (والدراية): (٢/ ٢٨٢) رقم (١٠٤١)، (والتحقيق): (٢/ ٣٨٥) رقم (٢٠٣٧)، (وخلاصة البدر المنير): (٢/ ٤٣٨) رقم (٢٨٩٧)، (وتخليص الكبير): (٤/ ١٩٨) رقم (٢١٠٦).

(٤) في (أ،ب،ج،هـ): (حق). (٥) في (ب،ج،د،و): (وإن).

(٦) ينظر: (الهداية): (٤/ ٤٧٨). (٧) (ضمن): لم ترد في (ب).

(٨) ما بين القوسين لم ترد في (ب،ج). (٩) ينظر: (الهداية): (٤/ ٤٧٩).

غيرهم تعدياً وتقيداً بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة إذا أخطأ الطريق إذا تفرد بالشهادة على الأنا .(**أو جلس فيه غير وصل فعطب**[١] **به أحد**) خلافاً لهما (**لا من سقط منه رداء لبسه**) وعن محمد أنه إذا لبس ما لا يلبس عادة كجوالق القلندرين فسقط على إنسان فهلك يضمن، لأن هذا اللبس بمنزلة الحمل وفي الحمل يضمن (**أو أدخل هذه في مسجد حية، أو جلس فيه مصلياً**).

فصل في الحائط المائل

(**ورب حائط مال إلى طريق العامة، وطلب نقضه مسلم أو ذمي**[٢] **ممن يملك نقضه كالراهن بفك رهنه**) فإنه يملك نقضه بفك رهنه (**واب الطفل والوصي والمكاتب والعبد الناجر فلم ينقض في مدة يمكن نقضه فيهما ضمن مالا تلف به وعاقلته النفس**) خلافاً للشافعي ، ويصح الطلب [و٢١٤و] بكل لفظ يفهم منه طلب النقض مثل أن يقول: أن حائطك مخوف أو مائل فاهدمه حتى لا يسقط، فيتغلف شيئاً أو [هـ٤١٧] اهدمه فإنه مائل، وصار إشهاداً إذا كان بحضرة الشهود، وهو ليس بشرط وإنما ذكر فيما ذكر ليتمكن من إثباته عند الجحود فكان من باب الاحتياط[٣] (**ولا من أشهد عليه فباعه وقبضه المشتري فسقط،أو طلب ممن لا يملك نقضه كالمرتهن أو المستأجر والمودع وساكن الدار، وإن مال إلى دار رجل فله الطلب، ويصح تأجيله وابرأه منها لا أن مال أي الطريق فاجله القاضي أو من طلب**)؛ لأنه حق العامة فليس لهما إبطاله (**وإن بنى مائلاً ابتداء ضمن بلا طلب كما في إشراع الجناح**) هو إخراج الجذوع من الجدار إلى الطريق والبناء عليه (**ونحوه**) كالميزاب (**حائط خمسة طلب نقضه من أحدهم وسقط على رجل ضمن العاقلة**) أي عاقلة من طلب منه النقض (**خمس الدية**) [د٢٥٨ظ] ؛ لأن الطلب يصح في الخمس (**كما ضمن ثلثيها إن حفر أحد ثلاثة في دارهم بئراً أو بنى حائطاً**) لأن [ب١٤١و] الحافر [ج١٢٤و] والباقي في الثلثين متعد، وقالا: ضمن نصف الدية في الفصلين؛ لأن التلف في نصيب من طلب منه معتبر وفي نصيب

---

(١) في (هـ): (فعبطت أخذ به).

(٢) رجل أو امرأة،أو مكاتب ؛ لأن الناس في المرور في الطريق شركاء،وطريق الطلب،أن يقول:أني تقدمت إلى هذا الرجل لهدم حائطه،وهذا القدر يكفي،ولا حاجة إلى الإشهاد،وذكر في الكتب ليتمكن من الاثبات عند الانكار. ينظر: الدرر الحكام (٢/ ١١٠).

(٣) (الاحتياط): بياض في (هـ).

غيره هدر وفي الحفر والبناء، باعتبار ملكه غير متعدد باعتبار ملك شريكه متعد فكان قسمين فانقسم عليهما نصفين [كما في عقر الأسد ونهش الحية وجرح الإنسان][١]

باب جناية البهيمة وعليها

(ضمن الراكب، ما وطئت دابته وما أصابت[٢] **بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت**[٣] **أو خبطت أو صدمت لا ما نفحت**[٤] **برجلها أو ذنبها)**؛ لأن الاحتراز عن الوطء وما يشابهه ممكن بخلاف النفحة بالرجل والذنب، وقال الشافعي[٥]: يضمن بالنفحة ايضاً، لأن فعلها يضاف إلى الراكب **(أو عطب إنسان**[٦] **بما راثت أو بالت في الطريق سائرة)**؛ لأن سير الدابة لا يخل عن روث وبول، فلا يمكن التحرز عنه **(أو وقفها لذلك)**؛ لأن بعض الدواب لا يفعل ذلك إلا بعد الوقوف **(فان أوقفها لغيره ضمن)**؛ لأنه متعدد بالايقاف[٧] [أ١٦٩ظ] **(وإن أصابت**[٨] **بيدها أو رجلها حصاة أو نواة، أو اثارت غباراً أوحجراً صغيراً ففقأ عيناً أو افسد ثوباً لا يضمن، وضمن بالكبير)**؛ لأن الاحتراز عن الأول غير ممكن بخلاف الثاني **(وضمن السائق والقائد ما ضمنه الراكب، وعليه الكفارة لا عليهما)** وأيضاً يحرم الراكب عن الميراث لا السائق والقائد **(وضمن عاقلة كل من الحرين الآخرين إن أصدما فماتا)** ذكر المصدمين مطلقاً ليشمل صورة الماشيين فإن الحكم لا يختلف بكونهما ماشيين وإنما قال من الحرين إذ لو كانا عبدين هددت الجناية ولا شيء لأحد المولبين على الآخر إجماعاً كذا في "الحقائق"، وها هنا شرط آخر مذكور في "الفتاوى الظهيرية"، وهو أن يقع كل واحد منهما على قفاه اذ لو وقع كلاهما على وجهه فلا شيء على واحد منهما وإن وقع أحدهما على قفاه والآخر على وجهه قدم الذي وقع [و٢١٥ظ] على وجهه هدر وشرط المذكور في

---

(١) ما بين القوسين زيادة من (ب،ج). (٢) في (هـ): (وما أصابته).

(٣) الكدم: عض الدابة بأدنى فمه.ينظر: المغرب (٢/ ٢١١)و المصباح المنير (٢/ ٥٢٧).

(٤) النفح: نفحت الناقة، ضربت برجلها، وهو رفسها.ينظر: المغرب (٢/ ٣١٦) ولسان العرب (٢/ ٦٢٢). (٥) ينظر: الأم (٧/ ١٥٨).

(٦) (إنسان): لم ترد في (ب،ج).

(٧) إلا أن يكون الإيقاف في موضع اذن من قبل الإمام بإيقافها فيه فحينئذ لا يضمن لعدم التعدي، ينظر: (الدرر الحكام): (٢/ ١١٢).

(٨) في (أ،ب،ج،د،و): (أصاب).

"المحيط"(١)، [هـ٤١٨] وهو أن لا يكون عامدين في الاصطدام(٢) فإنهما لو كان عامدين فيه ضمن كل نصف الدية للآخر، وقال زفر والشافعي: "(٣) يضمن عاقلة كواحد منهما نصف دية الآخر"؛ لأن هلاكه بفعلين فعل نفسه وفعل صاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه، ولنا: أن فعل كل [ب١٤٢ظ] منهما مباح والمباح في حق نفسه لا يضاف الهلاك وفي غيره يضاف.

[د٢٥٨] **(وسائق دابة وقع(٤) أداتها على رجل فمات، وقائد قطار وطء بعير منه رجلاً ضمن الدية، وإن كان معه سائق(٥) ضمناً، وإن قتل بغير ربط على قطار بلا علم قائده رجلاً ضمن عاقلة القائد الدية، ورجعوا على عاقلة الرابط)** لأن الرابط أوقعهم في هذه [ج١٢٥ظ] العهدة وإنما لا يكون في مال الرابط، لأنه دية وليس فيه عمد ومن وهم أن خبران المال فينبغي أن يكون في مال الربط فقد وهم كما لا يخفى على من له ادنى دربة في هذا الفن، قالو: هذا إذا ربط والقطار في السير؛ لأنه حينئذ مأذون في القود دلالة، وأما إذا ربط في غير حالة السير والضمان يتقرر في عاقلة القائد ولا يرجعون على عاقلة الرابط؛ لأنه قاد بعير غيره بغير إذنه لا صريحاً ولا دلالته **(من أرسل كلباً أو طيراً، وساقه فأصاب في فوره ضمن في الكلب، لا في الطير ولا في كلب لم يسقه)** قال الصدر(٦) الشهيد وغيره من "شرح الجامع الصغير": أراد بكونه(٧) سابقاً(٨) أن يكون خلفه وذلك؛ لأن الكلب يحتمل السوق كسائر الدواب فأضيف إليه، أما الباري: فلا يتحمل السوق لأن سابق الطير لا يكون إلا الطائر إلا أنه اضيف إلى المرسل في حق حل الصيد ضرورة إباحة الاصطياد وبالباري والكلب ولا ضرورة في حق الضمان، وعن أبي يوسف: أنه أوجب الضمان في هذه كله احتياطاً لأموال الناس والمشايخ أخذوا بقوله **(ولا في دابة منفلتة أصابت نفساً أو مالاً ليلاً أو نهاراً، ومن ضرب دابة عليها راكب أو نخسها فنفخت أو ضربت بيدها أخر أو نفرت، فصدمته فقتلته ضمن هو لا الراكب)** [وقال أبو يوسف: أن الضمان على الراكب والناخس(٩)

---

(١) ينظر: المحيط البرهاني ص١٧١.
(٢) في (ب): (الاصدامين).
(٣) ينظر: (الهداية) (٤/ ٤٨٢). (الأم): (٦/ ٨٥). و (مغني المحتاج): (٤/ ٨٩).
(٤) في (هـ،و): (وقلا).
(٥) في (ب،ج): (سائقاً).
(٦) في (أ،و): (صدر).
(٧) في (أ،هـ): (بقوله).
(٨) في (ب،ج): (مسابقاً).
(٩) النخس: الطعن، ينظر: (مجمع الأنهر): (٢/ ٦٦٣).

نصفين وهذا][1]، واذا نخسها بغير إذن الراكب، وأما إذا نخسها بإذنه فلا ضمان؛ لأنه أمره بما يملكه إذا النخس في معنى السوق فانتقل إلى الراكب فلا يضمن بالنفخة كما إذا نخس الراكب فنفخت **(وفي فقء عين شاة)** [ترك إضافتها إلى القصاب لما فيها من مظنة الاختصاص خصوصاً عند ملاحظة التعليل الآتي ذكره وليس بصحيح][2] **(ما نقصها)** لأن المقصود من الشاة اللحم فلا يعتبر فيها إلا النقصان **(وفي عين بقرة الجزار وجزورة)** [فائدة الإضافة يباح أن حكم التفاوت لا يبطل بإعداد اللحم كما نوهمه التعليل الآتي [هـ٤١٩] ذكره] **(والبغل والحمار والفرس ربع القيمة)**. [د٢٥٩ظ]؛ لأنه إنما يمكن إقامة العمل بأربعة أعين عيناها وعين المستعمل لها فصارت[3] كأنها ذات أعين أربع فيجب الربع بفوات أحدهما، وقال الشافعي: يجب النقصان كما في الشاة، قلنا: في شاة القصاب المقصود اللحم فقط.

باب جناية الرقيق وعليه

(إن جنى عبد خطأ دفعه سيده بها) [و٢١٥و] أي بالجناية [ب١٤٢و] **(ويملكه وليها أو فداه بأرشها حالاً)**، وقال الشافعي: جناية في رقبة يباع فيها إلا أن يقضي المولى الإرش وفائدة تظهر الخلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسألة مختلفة بين الصحابة **(وإن فداه فجنى وهي كالأولى)** لأنه إذا فدى طهر عن الولي فصارت الأولى كان لم يكن فيجب بالثانية لدفع أو الفداء **(وإن جنى جنايتين دفعه بهما[4] إلى وليهما[5] يقسمانه بنسب حقيهما[6] أو فدى بأرشمها فإن وهبه، أو باعه أو أعتقه، أو دبره أو استولدها)** أي الأمة الجانية **(ولم يعلم بها ضمن الأقل من قيمته ومن الإرش وإن علم بها غرام الأرش)**؛ لأن في الأول[7] فوت حقه فيضمنه في حقه في اقلها ولا يصير مختاراً[8] للفداء؛ لأنه لا اختيار بدون العلم، وفي الثاني صار مختاراً؛ لأن الهبة وسائرها ما ذكر يمنعه من الدفع فالإقدام عليه اختيار للآخر **(كما لو علق عتقه بقتل زيد أو رميه أو شجه ففعل)** إنما غرم الإرش في هذه

---

(١) ما بين قوسين لم ترد في (ب،ج). ينظر: (الهداية): (٤/ ٤٨٧).
(٢) ما بين القوسين لم ترد في (أ،ب،ج).
(٣) في (ب،ج): (فصار).
(٤) (بهما): لم ترد في (و).
(٥) في (ز): (وليها).
(٦) في (هـ): (حقهما).
(٧) في (ب،ج): (الأولى).
(٨) في (هـ): (مخيراً).

الصورة؛ لأنه صار مختاراً للفداء حيث أعتقه على تقدير وجود الجناية كما إذا قال لها فإذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً فمرض فطلقت ومات من ذلك المرض يصير فاراً؛ لأنه[١] يصير مطلقاً بعد وجود المرض، وقال زفر: لا يصير مختاراً؛ لأن وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً (**وإن قطع عبد يد حر عمداً ودفع إليه فأعتقه، فسرى فالعبد صالح بها**) لأنه لما أعتقه دل على أن قصده تصحيح إذ لا صحة له إلا أن يكون صلحاً عن[٢] الجناية وما يحدث منها (**وإن لم يعتقه يرد على صاحبه فيقتل أو يعفى**)؛ لأنه لما سرى تبين أن المال غير واجد وإن الواجب هو القود فكان الصلح باطلاً فيرد ويقال للأولياء اقتلوه أو اعفوه (**وإن جنى مأذون مديون خطأ فأعتقه سيده بلا علم بها غرم الرب الدين الأقل من قيمته ومن دينه ولوليها منها ومن الإرش**) [د٢٥٩و]؛ لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد والدفع للأولياء للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين إيفاء من الرقبة الواحدة بأن[٣] يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنها بالإتلاف. (**وإن ولدت مأذونة مديونة ولداً يباع معها لدينها ولا يدفع لجنايتها**) والفرق: أن الدين وصف حكمي فيها واجب [ب١٤٣ظ] في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيرى [هـ٤٢٠] إلى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية، لأن وجوبه الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الأوصاف الشرعية[٤] دون الأوصاف الحقيقية (**وإن قتل عبد خطأ ولي حر زعم أن سيده أعتقه فلا شيء للحر عليه**[٥] **معناه إذا قال: رجل في عبد أن مولاه أعتقه، فقتل العبد خطأ** شخصاً وذلك ولي جنايته فلا شيء له لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة، أو أبرأ العبد والمولى إلا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة (**وإن قال: قتلت أخا زيد قبل عتقي خطأ، وقال زيد: بل بعده صدق الأول**)؛ لأنه منكر الضمان لما أنه اسنده إلى حالة معهودة منافيه للضمان اذ الكلام [و٢١٦ظ] فيما إذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعاً أو افداء وإنما قلناه أنه منكر للضمان لا؛ لأنه إذا ثبت ثبت عليه وإنما يجب

---

(١) في (هـ): (فأنه).
(٢) في (هـ): (عنها).
(٣) في (هـ): (فإن).
(٤) في (هـ): (الشرعية).
(٥) (عليه): لم ترد في (ب).

[أ١٧٠ظ] الأداء على العاقلة بطريق التحمل عنه حتى إذا لم يوجد له عاقلة يتقرر عليه ومعنى تصديقه السقوط الضمان عنه لا ثبوته على المولى ؛ لأن قوله لا يكون حجة[(١)] على المولى (**وإن قال**[(٢)] **قطعت يدها قبل إعتاقها، وقالت: بل بعده صدقت وكذا في أخذه منها**)، أي عتق أمة ثم قال لها: قطعت يدك أو أخذت منك بهذا المال قبل ما أعتقتك، وقالت: بل بعده فالقول قولها استحساناً وهذا عندهما، وعند محمد: القول قوله[(٣)] وهو القياس؛ لأنه ينكر الضمان بإسناده الفعل إلى حالة معهودة منافية للضمان إلا إذا كان في المأخوذ منها شيئاً قائماً بعينه فإن القول قولها؛ لأنه أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها [د٢٦٠ظ] ثم ادعى التملك عليها وهي تنكر والقول للمنكر فيؤمر بالرد عليها، ولهما: أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له ؛ لأنه ما اسنده إلى حالة ما يبرء[(٤)] به منافية للضمان ؛ لأنه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة.

(**لا في الجماع والغلة**) أي إذا قال: جامعتها قبل الإعتاق وأخذت الغلة قبله لا يكون القول قولها؛ لأن وطئ المولى أمته المديونة لا يوجب العقر، وكذا أخذه من غلتها وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه، فحصل الاسناد إلى حالة معهودة [ب١٤٣و] منافية للضمان، وقيل وايضاً الظاهر كونهما في حالة الرق منظور فيه اذ الفرق بين أخذ المال وأخذ الغلة بأن الظاهر كون الثاني في حالة الرق دون الأول يحكم الظاهر (**وإن أمر عبد محجوراً أو صبي صبياً بقتل رجل فقتله، فالدية على عاقلة القاتل**)؛ لأن الصبي هو المباشر للقتل، وعمده وخطأه سواء فيجب على عاقلته (**ورجعوا على العبد بعد عتقه**)؛ لأنه اوقع الصبي في هذه الورطة، وعدم[(٥)] الاعتبار قبل العتق كان لحق المولى، وقد زال لا[(٦)] النقصان [هـ٤٢١] اهلية (**لا على الصبي**) لأنه قاصر الأهلية (**وإن كان مأمور العبد مثله دفع السيد القاتل أو فداه في الخطأ**) اي: أمر عبد محجور عبداً بقتل رجل ففي الخطأ دفع القاتل سيده أو فداء (**بلا رجوع في الحال، ويجب أن يرجع بعد عتقه**) عبارة: "الجامع الصغير" وليس على الآمر ولا على عاقلته شيء، وقال الفقيه أبو الليث في "شرحه": يعني لا شيء عليه في الحال، ولكن يجب عليه بعد العتق، ثم

---

(١) في (ب،ج): (حجته).
(٢) (وان قال): لم ترد في (هـ).
(٣) في (ب): (قولها).
(٤) (ما يبرء به) لم ترد في (ب،ج،هـ).
(٥) في (أ): (وعدم العتق كما الحق المولى).
(٦) (لا): لم ترد في (أ،هـ،و).

قال: وهكذا ذكر في "الزيادات" فمن وهم أنه إنما قال: ويجب أن يرجع بعد العتق [ج١٢٥ظ] إذ لا رواية لذلك فقد وهم[(١)]، وإنما يجب الرجوع عليه بعد العتق؛ لأنه لما أمره بالقتل حتى قتله صار غاصباً ومرجع هذا الغصب إلى القول فصار كالإقرار منه بالغصب فلا يؤخذ به إلا بعد العتق هكذا نقل الفقيه أبو الليث عن " الزيادات" .(**بالأقل من قيمته ومن الفداء**)[(٢)] لأن القيمة إن كانت أقل من الفداء فالمولى غير مضطر إلى إعطاء الزيادة على القيمة بل يدفع العبد [و٢١٦و] (**وكذا في العمد إذا كان العبد القاتل صغيراً**)؛ لأن عمد الصغير كالخطأ (**وإن كان كبيراً اقتص، وإن قتل قن عمداً حرين لكل وليان فعفا أحد وليي كل منهما دفع نصفه إلى الآخرين أو فدا بدية**)؛ لأنه لما عفا أحد ولي كل منهما [د٢٦٠و] سقط القصاص وانقلب مالاً وقد سقط نصيب العافين وهو النصف وبقي النصف فأما أن يدفع نصفه أو الدية الواحدة (**وإن قتل أحدهما عمداً والآخر خطأ وعفا أحد وليي العمد فدى بدية لولي الخطأ، وبنصفها لأحد وليّي العهد أو دفع إليهم وقسم أثلاثاً عولاً عنده**)[(٣)]؛ لأن وليي الخطأ يدعيان لكل واحد أولي العمد يدعى النصف فيضرب هذا بالكل وذلك [ب١٤٤ظ] بالنصف وأصله التركة المستغرقة بالدين[(٤)] (**وأرباعاً منازعة عندهما**) ثلاثة أرباعه لولي الخطأ [أ١٧٠و] وربعه لولي العمد وإنما قال منازعة؛ لأنه سلم النصف لولي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فتنصف فلهذا اقسم أرباعاً (**وإن قتل عبدهما قريبهما وعفا أحدهما بطل كله**)[(٥)] أي قتل عبد لرجلين قريباً لهما، فعفي أحدهما بطل الكل وهذا عنده، وقالا: "يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يفديه بربع الدية"[(٦)].

---

(١) المقصود به كلام صدر الشريعة، ينظر: (النقاية) (ص٩٨٢).

(٢) في (د، هـ، و): (الدية).

(٣) فيضرب وليا الخطأ بالكل وغير العافي بالنصف؛ لأن حقه في النصف، وحقهما في الكل فصار كل نصف بينهما، فصار حق ولي الخطأ في سهمين، وحق غير العافي في لهم فيقسم بينهم اثلاثاً، ينظر: (الدرر الحكام): (١١٦/٢).

(٤) في (أ، ج): (بالديون).

(٥) لأن ما يجب من المال يكون حق المقتول؛ لأنه بدل دمه ولهذا يقتضي منه ديونه، وتنفذ وصاياه، ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته، والمولى لا يستوجب على عبده ديناً فلا يخافه الورثة فيه، ينظر: (المصدر السابق) (١١٦/٢).

(٦) ينظر: (الهداية) (٤٩٢/٤).

فصل

(دية العبد قيمته فإن بلغت هي دية الحر وقيمة الأمة دية الحرة نقص من كل عشرة) اظهاراً لانحطاط رتبة الرقيق عن الحرة وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن مسعود[١]، وقال أبو يوسف والشافعي[٢]: تجب قيمته بالغة ما بلغت **(وفي الغصب قيمته ما كانت)** هذا بالإجماع؛ لأن المعتبر في الغصب المالية لا الآدمية **(وما قدر من دية الحر قدر من قيمته)** أي قيمة العبد **(ففي يده نصف قيمته عبد قطع يده عمداً فأعتق فسرى أقيد إن ورثه سيده فقط)** [هـ٤٢٢] أي إن كان وارث المعتق السيد فقط استوفى القود خلافاً لمحمد؛ لأن سبب الولاية قد اختلف؛ لأنه الملك على اعتبار حالة الحرج والوارثة[٣] بالولاء على اعتبار حالة الموت فينزل اختلاف السبب منزلة[٤]، اختلاف المستحق فيما لا يثبت الشبهة [ج١٢٦ظ] أو فيما يحتاط فيه، ولهما: أنا تقينا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا؛ لأن المقض معلوم والحكم متحد ولا معتبر باختلاف السبب لأن الحكم لا يختلف **(وإلا لا)**[٥] أي إن لم يكن الوارث السيد فقط بل يكون له وارث آخر لا يقاد وبالاتفاق؛ لأنه إن اعتبر حالة الجرح فللمستعق السيد فقط وإن اعتبر حالة الموت فالورثة ينقد الاشتباه فيتعذر فلا يجب على وجه يستوفي [د٢٦١ظ] **(وإن أعتق أحد عبديه فشجا، فعين أحدهما، فأرشهما للسيد)** أي قال لعبديه: أحدكما حر ثم شجا دفعه فبين السيدان المراد بأحدهما هذا المعين، فإرشهما للسيد لما عرفت أن البيان إظهار من وجه، وبعد الشجة يبقى مملاً للإنشاء فاعتبار إنشاء فكأنه أعتق وقت البيان **(فإن قتلهما رجل)** أي إن قتلهما رجل واحد في وقت واحد **(تجب دية حر وقيمتة عبد)** لأنهما بعد الموت [و٢١٧ظ] لم يبق محلاً للبيان فاعتبر إظهاراً محضاً فيكون الكل نصفين بين المولى والورثة لعدم الأولوية وإن اختلفت قيمتها [ب١٢٤و] تجب قيمة كل واحد منهما ودية حر **(وإن قتل كلاً رجل فقيمة العبدين)** لأنا لم نتيقن بقتل واحد منهما حراً وكل منهما ينكر ذلك **(وإن فقء عيني عبد ودفعه سيده وأخذ قيمتة أو امسكه بلا أخذ النقصان)** وقالا: يخير بين الدفع

---

(١) فقد أخرج في: نصب الراية (٤/ ٣٨٩)والدراية (٢/ ٢٨٤) روى عبد الرزاق، وابن أبي شيبة عن إبراهيم، وعن الشعبي (لا يبلغ بدية العبد دية الحر).

(٢) ينظ : (الهداية) (٤/ ٤٩٣) و (النكت) (٣/ ٣٧٦).

(٣) في (هـ): (الوارث).

(٤) في (ب، ج): (بمنزلة).

(٥) في (ب، ج): (فلا).

والإمساك مع أخذ النقصان، وقال الشافعي[١]: ضمنه القيمة وأمسك الجثة العمياء وهو يجعل الضمان في مقابلة الفائز فيبقى الباقي على أملكه كما إذا فقأ إحدى عينيه، ولهما: أن المالية معتبرة في حق الاطراف وإنما سقطت في حق الذات فقط وحكم الأموال ما ذكر في الخرق الفاحش[٢]، وله: المالية وإن كانت معتبرة فالآدمية غير مهدرة والعمل بالشبهين[٣] أوجب ما ذكر.

فصل

(إن جنى مدبر أو أم ولد ضمن السيد الأقل من القيمة ومن الأرش) اذ لا حق لولي الجناية في أكثر من الإرش ولا منع من المولى في أكثر من العين وقيمتها تقوم مقامها **(وإن جنى أخرى شارك ولي الثانية ولي الأولى في قيمته دفعت إليه بقضاء، اذ ليس من جناياته إلا قيمة واحدة)** ولا شيء على المولى؛ مجبور على الدفع **(واتبع السيد أو ولي الأولى إن دفعت بلا قضاء)**[٤].

هذا عنده:

وقالا: لا شيء على المولى[٥]؛ لأن الدفع لك تكن الجناية الثانية موجودة، وقد دفع كل الحق إلى مستحقه، وصار كما إذا دفع بالقضاء [ج١٢٦و]وله: أن الثانية مقارنة للأولى [هـ٤٢٣] من وجه ولهذا يشارك ولي الأولى [أ١٧١ظ] فالمولى يدفع حق ولي الثانية طوعاً وولي الأولى ضامن بقبض حقه ظلماً فيتخير.

[باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك].

(ومن غصب عبداً قطع سيده يده فسرى ضمن قيمته أقطع، فإن قطعه[٦] سيده في يد غاصبه فسرى في يده) أي في يد الغاصب **(لم يضمن)** والفرق أن الغاصب قاطع للسراية؛ لأنه سبب الملك كالبيع، فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته [د٢٦١و] اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني، فكانت الراية مضافة إلى

---

(١) ينظر: الأم (٦/ ٥٢).

(٢) فإن من خرق ثوب غيره خرقاً فاحشاً إن شاء المالك دفع الثوب إليه وضمنه قيمته وإن شاء امسك الثوب وضمنه النقصان، ينظر: (الهداية) (٤/ ٤٩٥).

(٣) في (ب،ج): (بالشبهات).

(٤) في (ب،ج): (لانها إن دفعت إليه بغير قضاء فالولي بالخيار إن شاء اتبع المولى، وإن شاء اتبع ولي الجناية).

(٥) في (و): (لانه معين دفع).

(٦) في (ب،ج): (اقطع).

البداية فصار المولى متلفاً فيصير مسترداً كيف وانه استولى عليه، وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان **(وضمن عبد محجور مثله فمات معه)** لأن المحجور مؤاخذ بأفعاله فإن كان الغصب ظاهراً يباع فيه وإن لم يكن ظاهراً بل أقر به لا يؤخذ بالفعل بل يؤاخذ بعد العتق [ب١٤٥ظ] **(وإن جنى مدبر عند غاصبه، ثم عند سيده أو عكس، ضمن قيمته لهما، ورجع بنصفها على الغاصب، ودفع إلى الأول)** أي إلى ولي الجناية الأولى دون الثانية؛ لأن حقه لم يجب إلا والمزاحم قائم ولم يجب **(ثم في الأولى رجع به على الغاصب وفي الثانية لا)** هذا عندهما، وقال محمد: نصف القيمة اثني رجع به على الغاصب يسلم للمولى ولا يدفعه إلى ولي الجناية الأولى؛ لأنه عوض ما أخذه ولي بالجناية الأولى فلا يدفع إليه لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك [و٢١٧و] شخص واحد، ولهما: أن حق الأول في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه[1] أحد وإنما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني، فإذا وجد شيئاً من بدل العبد في حي يد المالك فإنما يأخذه منه ليتم حقه فإذا أخذه منه يرجع به المولى على الغاصب؛ لأنه أخذ منه بسبب كان عنده الغاصب، ولا يرجع به في صورة العكس؛ لأن الجناية الأولى كانت في يد المالك.

(والقن في الفصلين كالمدبر لكن السيد يدفع القن وقيمة المدبر) أي الجواب في العبد كالجواب في جميع ما ذكر إلا أن ها هنا يدفع المولى العبد وفي الأول يدفع القيمة **(مدبر غصب مرتين فجنى في كل مرة ضمن سيده قيمته لهما، ورجع بقيمته على الغاضب ودفع نصفها إلى الأول، ورجع به)** أي غصب مدبراً فجنى عنده، ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده مرة أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفين؛ لأنه منه رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة، ثم يرجع بتلك القيمة على الغاصب؛ لأن الجنايتين كانتا في يده فيدفع نصفها إلى الأول، ويرجع به على الغاصب ثم قيل: هذه المسألة على الاختلاف كلا ولى، قيل: عنى الاتفاق والفرق لمحمد: أن في الأولى الذي يرجع به عوض ما سلم لولي الجناية الأولى، لأن الثانية [د٢٦٢ظ] لحصولها في [هـ٤٢٤] يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكر **(ومن غصب صبياً حراً فمات معه فجأة أو بحمى، لم يضمن وإن مات بصاعقة أو نهش حية، ضمن عاقلته الدية)** والقياس أن لا يضمن في الوجهين،

---

(١) في (ب): (لا يزاحم).

وهو[١]قول زفر والشافعي ؛ لأن الغصب في الحر لا يتحقق، وجه الاستحسان : أنه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالإتلاف وهذا إتلاف نسبياً؛ لأنه نقله إلى مكان الصواعق أو أعيان وهذا لأن الصواعق والحيات لا تكون في كل مكان بخلاف الموت فجاءة أو بحمى؛ لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن حتى لو نقله [ب١٤٥و] إلى موضع تغلب منه الحمى والأمراض نقول أنه يضمن فيجب الدية على العاقلة لكونه قتلاً نسبياً كذا في "الهداية "**(كما في صبي أودع عبداً)** الإيداع يتعدى إلى مفعولين والفعل المجهول اسند إلى المفعول الأول وهو الصبي **(فقتله، وإن أتلف مالاً بلا إيداع ضمن وإن أتلف بعده لا)** الوديعة إن كان[٢] عبداً فمنه بالقيمة وإن كان مالاً لا يضمنه عندهما [أ١٧١و]، ويضمن عند أبي يوسف والشافعي : لأنه أتلف مالاً معصوماً ولأبي حنيفة ومحمد غير العبد معصوم لحق العبد وقد فوته حيث وضعه في يد الصبي وأما العبد فعصمته لحقه اذ هو مبني على أصل الحرية في حق الدم.

باب القسامة

قال في البدائع[٣] (هي) في اللغة : بمعنى القسم وهو اليمين مطلقاً، وفي معنى عرف الشرع **(اليمين بالله عز وجل بسبب [و٢١٨ظ] مخصوص وعبد مخصوص على شخص مخصوص)** وهو المدعى عليه واحداً كان أو متعدداً **(على وجه مخصوص)** سيأتي بيانه **(ميت به جرح أو أثر ضرب أو خنق أو خروج دم من أذنه أو عينه وجد في محلة أو أكثر)** اعني هذا عن قوله أو نصفه مع رأسه **(لا يعلم قاتله، وادعى وليه القتل على أهلها، أو بعضهم حلف خمسون رجلاً منهم يختارهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً لا الولي، ثم قضي على أهلها بديته)** ويتحمل عنهم عاقلتهم وإنما قلنا هكذا؛ لأنه ذكر في "المبسوط"[٤] أن في ظاهر الرواية القسامة على أهل المحلة والدية على عواقلهم، وقال الشافعي[٥]: إذا كان هناك لوث[٦]استحلف الأولياء خمسين يميناً ويقضي له الدية على المدعى

---

(١) ينظر : (الهداية): (٤/ ٤٩٧)، و (النكت)، (٣/ ٣٨٥).

(٢) في (ب،ج): (كانت).

(٣) ينظر : (بدائع الصنائع): (٦/ ٣٥٢).

(٤) ينظر : (المبسوط). (٢٦/ ١١٠).

(٥) ينظر : (الأم) (٦/ ٩٠)، (وحاشية البجيرمي) (٤/ ١٩٤).

(٦) اللوث : عندهما أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه، أو ظاهر يشهد للمدعي من عدواة ظاهرة، أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه، وإن لم يكن الظاهر شاهداً =

عليه لو كان حلفهم على القتل خطأ، وإن كان على القتل عمداً ففيه قولان: في قول القصاص وهو قول[1] مالك : وفي قول الدية وإن نكل المدعون عن اليمين يحلف المدعى عليهم، فإن حلفوا[2] برئوا وإن نكلوا[3] فإن كان المدعى عليه واحداً يقتص في قول وتجب الدية في قول، وإن كانوا[4] أكثر نفي قول يقتص [ج١٢٧و] من جميعهم، وفي قول: يقتص من واحد بقرعة في تخريج وباختبار الولي في آخر ويضمن [د٢٦٢و] الباقون الدية واللوث وجود سبب يوجب غلبة الظن أن الآمر كما يقول المدعى مثل أن يوجد بقرب القتيل رجل متلطخ أو ابصر رجل يحرك [هـ٤٢٥] يديه كالضارب فلما دنوا منه وجد بقربه قتيل أو جاءت شهادات متفرقة من رجال ونساء وصبيان [ب١٤٦ظ] أو شهد عدل واحد أن هذا قتله أو هؤلاء قتلوه[5] أو يوجد قتيل بين جماعة له ولا يخلطهم غيرهم أو يدخل جماعة بيتاً فلا يتفرقون إلا وقتيل بينهم أو يدخل رجلان بيتاً ثم وجد أحدهما قتيلاً والآخر خارج وإن لم يوجد لون على التفسير الذي مر فقوله مثل قولنا : فالاختلاف في موضعين أحدهما: أن المدعي لا يحلف عندنا، وعنده يحلف، والثاني: في براءة أهل المحلة باليمين كذا في "الحقائق" **(فان لم يكن فيها)** أي لم يوجد الخمسون في المحلة.

(كرر الحلف عليهم إلى أن يتم، ومن نكل منهم حبس حتى يحلف) هذا في دعوى القتل العمد، أما في الخطأ فيقضي بالدية على عاقلتهم ولا يحبسون ذكره في "الخانية" **(وإن ادعى على واحد من غيرهم سقط القسامة عنهم، ولا قسامة على صبي، ومجنون وامرأة وعبد، ولا قسامة ولا دية في ميت لا أثر به أو خرج دم[6] من فمه أو دبره أو ذكره)**؛ لأن الدم يخرج من هذه المواضع بلا فعل من أحد بخلاف الإذن والعين **(وما ثم خلقه كالكبير)** أي وجد سقط تمام الخلق به أثر الضرب فهو كالكبير **(وفي قتيل وجد على دابة يسوقها رجل، ضمن عاقلته ديته لا أهل المحلة، وكذا لو قادها أو ركبها فإن اجتمعوا ضمنوا)** أي السائق والقائد والراكب **(وفي دابة بين قريتين عليها قتيل على أقربهما)** لكن إذا كان [و٢١٨و]

= له فمذهبه مثل مذهبنا، ينظر (الهداية) (٤/٤٩٨) وما بعدها.

(١) ينظر: (المدونة) (٦/٤٢١) وما بعدها، (والشرح الصغير): (٤/٤١٧).

(٢) في (هـ): (ظنوا).

(٣) (وإن نكلوا) لم ترد في (هـ).

(٤) في (ب،ج): (كان).

(٥) في (أ،ب،ج): (قتله).

(٦) (دم): لم ترد في (ب،ج).

بحيث يسمع الصوت منها، وأما إذا كان بحيث لا يسمع الصوت لا يجب على واحد منهما ذكره في "التتمة" [أ١٧٢ظ] **(وإن وجد في دار رجل فعليه القسامة، وتدى عاقلته إن ثبت انهاله بالحجة، وعاقلة**[1] **ورثته إن وجد في دار نفسه)** هذا عنده، وعندهما وهو قول زفر[2]: لا شيء فيه لأن الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدراً وله: أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا[3]لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك، وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم [د٢٦٣ظ]لا يقال العاقلة إنما يتحملون ما يجب على الورثة تحقيقاً لهم ولا يمكن الإيجاب على الورثة للورثة؛ لأن الإيجاب ليس بل للمقتول حتى يقضي منه ديونه وينفذ وصاياه [ج١٢٨ظ]ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه إذا قتل إياه تجب الدية على عاقلته ويكون ميراثاً له **(وإن وجد أحدهما قتيلاً في بيت بلا ثالث ضمن الآخر ديته عند أبي يوسف)**؛ لأن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه [ب١٤٦و] **(خلافاً لمحمد)** وهو يقول يحتمل أنه قتل نفسه.

(والقسامة على أهل الخطة دون السكان والمشترين فإن باع كلهم فعلى المشتري) هذا عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن نصرة البعقة[4] على[5]أهل الخطة، وقال أبو يوسف[6]: عليهم جميعاً لأن ولاية التدبير كما يكون بالسكنى [هـ٤٢٦] والمشتري وأهل الخطة سواء في التدبير، وقيل: أبو حنيفة بنى هذا على ما شاهد بالكوفة **(وإن وجد في دارين قوم لبعض أكثر فهي على الرؤوس)** لأن صاحب القليل والكثير سواء في الحفظ والتقصير، **(وإن بيعت ولم يقبض فعلى عاقلة البائع وفي البيع بخيار على عاقلة ذي اليد)** وقال إن لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة المشتري وإن كان فعلى عاقلة من يصير له سواء كان الخيار للبائع أو المشتري **(وفي الفلك على من فيه وفي مسجد محلة على أهلها وبين القريتين على أقربهما وفي سوق مملوك على المالك)** هذا عند أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف على السكان **(وفي غير مملوك والشارع الأعظم)** لابد من هذا القيد المذكور في الهداية وغيره؛ لأنه إذا كان في شارع المحلة يكون على أهلها، وقال في النافع: وفي مسجد محلة على أهلها كما لو وجد في الشارع [المحلة، وفي البدائع، وكذا

---

(١) في (ب،ج): (وعلى علة).
(٢) ينظر: (الهداية) : (٤/ ٥٠٦).
(٣) في (أ،ب،ج): (وهذا).
(٤) في (ب،ج): (التبعة).
(٥) في (ب،ج): (إلى).
(٦) ينظر: الهداية: (٤/ ٥٠٢)

في طريق المحلة][(١)] [وشارعها أياً هو الخاص بأهلها كما هو][(٢)] إلا أن الظاهر من "البدائع" حيث قال: "[(٣)] ومنها أي من شرائط وجوب القسامة والدية: أن يكون الموضع الذي وجد فيه القتيل ملكاً لأحد وفي يده حديد الخصوص [فان فيه القسامة والدية على أهله سواء كان القتيل محبساً أو مربوطاً على الشط أو كان النهر يجري فيه وذكره في "البدائع": يمر به هدر إنما قال يمر به إذا كان محتسباً في الشط أو مربوطاً أو ملقى على الشط فعلى أقرب المواضع إليه من الأمصار والقرى من حيث يسمع الصوت القسامة والدية ولو كان محتسباً في الجزيرة ذكره في "البدائع"، وإن كان في يده حديد العموم لابد الخصوص][(٤)]، وهو أن يكون التصرف فيه لعامة [و٢١٩ظ] المسلمين لا لواحد منهم ولا لجماعة بخصوص، لاتجب القسامة ولا الدية [والدية على أحد والسجن على قول أبي يوسف والدية والقسامة على أهل السجن][(٥)] [د٢٦٣و]، [أن يكون المراد من طريق ما هو الخاص بأهلها][(٦)] [ب١٤٧ظ].

(والسجن) وعلى قول أبي يوسف الدية والقسامة على أهل السجن [ج١٢٨ظ] **(والجامع لا قسامة والدية على بيت المال، وفي قوم التقوا بالسيوف واجلوا)** أي انكشفوا **(عن قتيل على أهل المحلة إلا أن يدعى الولي على القوم أو على معين منهم، وإن وجد في برية غير مملوكة ولا عمارة بقربها [ولاخباء أو قسطاط)** أو وجد القتيل على خارج أنحاء فعلى أقرب الأجنبية وذكر في "الهداية"[(٧)] **(أو نهر كبير)** احترز به عن الصغير وهو ما يقضى به الثقة للشركاء [في الشرب فإن فيه القسامة والدية على أهله سواء كان القتيل محتسباً أو مربوطاً على الشط أو كان النهر يجري به ذكره في البدائع][(٨)] **(أو يمر به فهدر)** [هذا إذا لم يكن النهر صغيراً بحيث يستحق به الشفقة وذكر الكوفي][(٩)] إنما قال يمر به لا إن كان محتبساً في الشط أو مربوطاً أو ملقى على الشط فعلى أقرب المواضع إليه من الأمصار والقرى من حيث يسمع الصوت القسامة والدية، وكذلك لو كان محتبساً في الجزيرة ذكره

---

(١) ما بين القوسين لم ترد في (هـ). (٢) ما بين القوسين لم ترد في (أ،ب،ج)

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٦/٣٥٨).، في الهداية يراجع: (٤/ ٥٠٤) أعلى العطمة، ومجمع الأنهر: (٢/ ٦٨٤).

(٤) ما بين القوسين لم ترد في (أ،د،هـ،و).

(٥) ما بين القوسين لم ترد في (أ). (٦) ما بين القوسين لم ترد في (د،هـ،و).

(٧) ينظر: (الهداية (٤/ ٥٠٥).

(٨) ما بين القوسين لم ترد في في (ب،ج،د،هـ،و،أ).

(٩) ما بين القوسين زيادة من (أ).

في البدائع [وذكر الكرخي وشيخ الإسلام: أن النهر العظيم إذا كان موضع انبعاث مائه في دار الإسلام تجب الدية في بيت المال؛ لأنه في أيدي المسلمين بخلاف ما إذا كان انبعاثه في دار [أ١٧٢و] الحرب لأنه يحتمل أن يكون قتيل أهل الحرب **(ومستحلف قال: قتله زيد حلف)** من هنا تبين فيما تقدم من قوله ومن لكل منهم حبس حتى يحلف من الحاجة إلى [هـ٤٢٧] التفصيل **(بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلاً غير زيد، وبطل شهادة بعض أهل المحلة بقتل غيرهم أو واحد منهم، ومن جرح في حي فنقل فبقي ذا الفراش حتى مات فالقسامة والدية على الحي، وفي قتيل قرية امرأة ذكر، والحلف عليها وتدى على عاقلتها]**[1]) هذا عندهما وعند أبي يوسف القسامة على العاقلة أيضاً لأنها على أهل النصرة والمرأة ليست منها ولهما: أن القسامة لنفي وتهمة القتل من المرأة متحققة.

---

(١) ما بين القوسين لم ترد في (هـ).

كتاب المعاقل

المعاقل، جمع عقلة، وهي الدية[1]، وتسمى الدية[2] عقلاً لأنها تعقل الدماء من أن تسفك: أي تمسك (**هي دية وجبت بنفس القتل على العاقلة، والعاقلة الجماعة الذين يعقلون العقل**[3] **يقال عقلت القتيل أي أعطيت**[4] **ديته وعقلت عن القاتل أي ديت عنه ما لزمه من الدية** (**وهي: أهل الديوان**) أي الجيش الذين كتب أساميهم في الديوان (**لمن**[5] **هو منهم**) وعند الشافعي[6]: أهل العشيرة؛ لأنه كان كذلك على عهد رسول الله ﷺ ولا نسخ بعده[7]، ولنا: أن عمر لما دون [د٢٦٤ظ] الدواوين جعل العقل على أهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم، وليس ذلك بنسخ[8] بل هو تقرير معنى لأن العقل كان على أهل النصرة، وقد كانت[9] بأنواع القرابة والحلف والولاء والعدد أن يعد رجل من قبيلة وفي عهد عمر قد صارت بالديوان فجعلها على أهله اتباعاً للمعنى ولهذا قالوا لو كان قوم يتناصرون بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة [و٢١٩و] وإن كان بالحلف فأهله [ب١٤٧و] (**وتؤخذ من عطاياهم من ثلاث سنين**) وكذا ما يجب على القاتل عمداً بأن قتل الأب ابنه يؤخذ من ثلاث سنين، وعند الشافعي[10]، يجب هذا حالاً (**وإن خرجت لأقل منها أو أكثر يؤخذ منه**) أي إن أعطيت عطاياهم ثلاث سنين بعد القضاء بالدية في سنة واحدة [ج١٢٩ظ] مثلاً، أو في أربع سنين (**وحية لمن ليس منهم**) أي من أهل الديوان (**تؤخذ من كل في ثلاث سنين ثلاث دراهم أو أربعة فقط في كل سنة درهم أو مع ثلاث**) نص على ذلك محمد (**هو الأصح**) إنما قال هذا لأن الرواية للقدوري[11] أنه لا يزاد الواحد على أربعة

---

(١) (الدية): لم ترد في النسخ.
(٢) (الدية) لم ترد في النسخ
(٣) (العقل) : لم ترد في (هـ).
(٤) في (و): (اعطيته)
(٥) (لمن): لم ترد في (و).
(٦) الأم: (٦/ ١١٧) وما بعدها، قليوبي وعميرة: (٤/ ١٥٦).
(٧) لا يوجد وإنما روى ابن أبي شيبة جعل رسول الله عقل قريش، نصب الراية: (٤/ ٣٩٨-١٩٩)، والدراية: (٢/ ٢٨٨).
(٨) في (ب،ج): (نسخ).
(٩) في (ب،ج): (كان).
(١٠) ينظر: المصدر السابق.
(١١) ينظر: متن القدوري (ص١١٨).

دراهم في كل سنة، وعند الشافعي[١]: يجب على كل واحد نصف دينار **(وإن لم يتسع الحي ضم إليه أقرب الأحياء نسباً الأقرب فالأقرب كما في العصبات والقاتل كأحدهم)** وعند الشافعي[٢]: لا يجب على القاتل **(وللمعتق حي سيده ولمولى مولاه وحية و تتحمل العاقلة أو عمد سقط قوده بشبهة أو قتله ابنه عمداً ولا جناية عبداً وعمد وما دون أرش موضحة بل الجاني)** خلافاً للشافعي[٣]، [والله أعلم][٤].

---

(١) ينظر: الأم (٦/ ١١٦)، ومغني المحتاج: (٤/ ٩٩).

(٢) ينظر: النكت: (٣/ ٣٩٤).

(٣) ينظر: المصادر السابقة

(٤) ما بين القوسين زيادة من (و).

كتاب الوصايا(1)

الوصية والإيصاء طلب الشيء من غيره ليفعله على [هـ٤٢٨] غيب منه في حياته أو بعد مماته، وفي الشرع: اختص هذا الصنع(2) بما(3) بعد الموت كالوكالة بما قبله كذا في مبسوط خواهر(4) **(هي تمليك مضاف إلى بعد الموت عيناً كان أو منفعة وندبت بأقل من الثلث عند غني ورثته أو استغنائهم بحصتهم)** هذا إذا لم يكن عليه حق [أ١٧٣ظ] مستحق لله(5) تعالى [ز٣١١و] [وإن كان عليه حق مستحق الله تعالى](6) كالزكاة والصيام والحج والصلاة التي فرط فيها فهي واجبة كذا في التبيين **(كتركها بلا أحدهما)** أي ان لم يكن واحد من الغنى والاستغناء فترك الوصية أفضل **(وصحت للحمل وبه أن ولدت لأقل من مدته)** وهي ستة أشهر لأن ولدت [د٢٦٤و] لأقل مدته والطرق واضح **(من وقتها)** أي من وقت الوصية كذا في "الهداية"، وفي "النهاية" من وقت موت المرض لا من وقت الوصية من غير تفصيل، وفي "الكافي"، وما يدل على أنه من الأول إن كان له، ومن الثاني إن كان به **(وهي الاستثناء)** [أي(7) تصح الوصية والاستثناء **(وفي وصية بأمة إلا حملها)**؛ لأن الكل ما يصح](8)، إقراره بالعقد يصح استثناؤه منه، وقد مر أن الوصية بالحمل صحيح فصحت استثناؤه منها **(ومن المسلم للذمي وعكسه)** إنما قال للذمي(9)] احترازاً(10) [ب١٤٨ظ] عن الحربي فإنه لا يجوز الوصية له **(وبالثلث للأجنبي لا بأكثر منه ولا لوارثه وقاتله مباشرة)** احترز به عن القاتل نسبياً، وعند الشافعي(11): يجوز الوصية للقاتل، وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لرجل ثم أنه قتل الموصي **(إلا بإجازة ورثته)** لقوله ﷺ: «لا وصية لوارث إلا أن

---

(1) بياض في (هـ).

(2) في (ز): (الصنيع).

(3) (بما) مكرر في (ب).

(4) في (ز): (الخواهر).

(5) في (هـ): الله.

(6) ما بين القوسين لم ترد في (هـ)

(7) (أي): لم ترد في (هـ)

(8) ما بين القوسين لم ترد في (ب،هـ).

(9) ما بين القوسين لم ترد في (ب).

(10) في (ب،ج): (احتراز).

(11) أخرجه الدارقطني: (٤/ ٩٨و١٥٢)، والبيهقي: (٦/ ٢٦٣)، قال البيهقي وعطاء الخراب، وهو حديث منكر.

يجيزها الورثة[١] [و٢٢٠ظ]»، وذكره في "البدائع": يعني[٢] عنده وجود وارث آخر على ما فهم من آخر الحديث فلا [ج١٢٩و] يشكل هذا إذا أوصى لزوجته أو أوصت لزوجها ولم يكن هناك وارث آخر فإنه يصح الوصية في هذه الصورة ولم يتحقق الإجارة من الورثة والمسألة مذكورة في كتاب القضاء من "فرائض العثماني" خلافاً لأبي يوسف في الأخير.

(ولا من صبي) خلافاً للشافعي[٣] **(ومكاتب، وإن ترك وفاء وقدم الدين عليها، وتقبل بعد موته، وبطل قبولها وردها في حياته وبه)** أي بالقبول **(تملك)** وقال زفر[٤] والشافعي: يملك بدون القبول **(إلا إذا مات موصيه ثم هو)** فإنه حينئذ يملك **(بلا قبول)** وهذا استحسان فقوله **(فهو لورثته)** أي ورثة الموصي لم يفرع عن المستثنى المحذوف **(وله أن يرجع عنها بقول صريح أو فعل يقطع حق المالك عما غصب)** أي بفعل يقطع بمثل ذلك الفعل من الغاصب حق المالك من المغصوب وقد مر بيان ذلك الفعل في كتاب الغصب **(أو يزيد)** عطف على يقطع **(في الموصى به ما يمنع تسليمه إلا به: كلت السويق بسمن، والبناء أو تصرف يزيد ملكه كالبيع والهبة، ولا يغسل الثوب أو أوصى به ولا بجحودها)** وقال أبي يوسف[٥]: الجحود رجوع **(وتبطل هبة المريض ووصيته لمن نكحها بعدها)** أي وهب المريض لامرأة شيئاً أو أوصى لها بشيء، ثم تزوجها، ثم مات تبطل الهبة والوصية؛ لأن الوصية إيجاب بعد الموت وهي بعده [د٢٦٥ظ] [هـ٤٢٩]وارثه له، وأما الهبة فهي وإن كانت منجزة لكنها كالمضاف إلى الموت؛ لأن حكمها يتقرر عنده ألا يرى أنها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين يعتبر من الثلث بخلاف الإقرار فإنه لها ثم تزوجها يصح؛ لأنها عند الإقرار أجنبية، ثم أن ما ذكر على تقدير وجود وارث آخر على ما عرفت فيما تقدم **(كإقراره)** أي إقرار المريض

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع: (٦/ ٤٣٤). (٢) (يعني): لم ترد في (و).

(٣) ينظر: مغني المحتاج: (٣/ ٣٩)، يراجع النكت: (ص٢/ ٦٨٣).

(٤) ينظر: الهداية: (٤/ ٥١٦)، ويراجع الشافعي، ومغني المحتاج: (٣/ ٥٤).

(٥) لأن الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فأولى أن يكون رجوعاً، ولمحمد رحمه الله: أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في المال ضرورة ذلك، و إذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً؛ أو لأن الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعاً حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة، ينظر: الهداية: (٤/ ٥١٨)، وما بعدها.

(ووصيه وهبته لابنه كافراً أو عبداً إن أسلم أو أعتق بعد ذلك) أما الإقرار فلأن النبوة قائمة وقت الإقرار فاعتبر في ايراث تهمة الإيثار وأما الهبة والوصية فلما مر [أ١٧٣و] **(وهبة مقعد ومفلوج، وأشل ومسلول عن كل ماله إن طالت مدته، ولم يخف موته وإلا فمن ثلثه وإن اجتمع الوصايا قدم الفرض إن أضاف عنها ثلث المال وإن تساوت قوة قدم ما قدم)** . [ب١٤٨و] أي ما قدمه الموصي، وقال في "التبيين" : كفارة القتل والظهار واليمين : مقدمة على صدقة الفطر ؛ لأنه عرف وجوبها بالكتاب دون صدقة الفطر على الأضحية للاتفاق على وجوبها دون الأضحية.

باب[1] الوصية بالثلث

(في وصية بثلث ماله[2] لزيد ومثله لآخر، ولم [ج١٣٠ظ] يجيزوا بنصف ثلث بينهما، وبثلث له وسدس لآخر بثلث وبثلثه له، وكله لآخر بنصف وقالا: يرجع) قال أبو حنيفة[3]: الوصية بأكثر من الثلث إذا لم يجزه الورثة قد وقع باطلاً فكأنه أوصى بالثلث لكل واحد فينصف الثلث بينهما، وقالا: إنما يبطل [و٢٢٠و] الزائد على الثلث بمعنى [إن الموصى له لا يستحق حقاً للورثة لكن يعتبر في][4] أن الموصى له يأخذ من الثلث بحصته ذلك الزائد إذ لا موجب لإبطال هذا المعنى فخرج الثلث ثلاثة في الثلث واحد والكل ثلاثة صارت أربعة فيقسم الثلث بهذه السهام وهذا مبني على أصل مختلف بينهم وهو ما ذكره وبقوله **(ولا يضرب الموصى له بأكثر من الثلث عنده)** المراد بالضرب الضرب المصطلح بين الحساب فإنه إذا أوصى بالثلث والكل فعنده سهام الوصية اثنان لكل واحد نصف يضرب النصف في ثلث المال، فالنصف بالثلث يكون نصف الثلث وهو السدس فلكل سدس المال، وعندهما: سهام الوصية [أربعة: والواحد من الأربعة ربع فيضرب الربع في ثلث المال فالربع في الثلث يكون ربع الثلث ثم لصاحب الكل ثلاثة من الأربعة][5] وهي ثلاثة أرباع [د٢٦٥و] فيضرب ثلاثة الأرباع في الثلث يعني ثلاثة أرباع الثلث وما بقي لصاحب الثلث وهو الربع هذا معنى الضرب **(إلا في المحاباة)** صورتها: أن يكون للرجل[6] عبد أن قيمة أحدهما ثلاثون، والآخر

---

(١) (باب): بياض في (أ).
(٢) في (هـ): (من ماله).
(٣) ينظر: الهداية: (٤/ ٥١٩).
(٤) ما بين القوسين لم ترد في (أ).
(٥) ما بين القوسين لم ترد في (أ).
(٦) (للرجل): لم ترد في (ب،ج).

ستون مثلاً، فأوصى بأن يباع الأول من زيد بعشرة، والآخر من عمر بعشرين ولا مال له سواهما فالوصية في حق زيد بعشرين وفي حق عمرو بأربعين يقسم الثلث بينهما أثلاثاً فيباع الأول من زيد بعشرين والعشرة وصية له ويباع الثاني من عمرو بأربعين والعشرون وصية له فأخذ عمرو من الثلث بقدر وصية وإن كانت زائدة على الثلث **(والسعاية)** صورتها [هـ٤٣٠]: أعتق عبدين قيمتها ما ذكر ولا مال له سواهما فالوصية للأول بثلث المال والثاني بثلثي المال فسهام الوصية بينهما أثلاثاً واحد للأول واثنان للثاني فيقسم الثلث بينهما كذلك فتعتق من الأول ثلثه وهو عشرة، يسعى في عشرين ويعتق من الثاني ثلثه وهو عشرون ويسعى في أربعين [ب١٤٩ظ] فيضرب كل بقدر وصيته وإن كان زائداً على الثلث.**(والدراهم المرسلة)** صورتها: أوصى لزيد بثلاثين درهماً وللآخر[1] بستين درهماً وماله[2] تسعون يضرب كل بقدر وصيته فيضرب الأول الثلث في ثلث المال والثاني الثلثين في ثلث المال والمراد بالمرسلة المطلقة [ج١٣٠و]: أي غير مقيدة بأنها ثلث أو نصف أو نحوها وإنما فرق أبو حنيفة هذه الصور وبين غيرها؛ لأن الوصية إذا[3] كانت مقدرة بما زاد على الثلث صريحاً كالنصف والثلثين وغيرهما والشرع إبطال الوصية في الزائد يكون ذكره لغواً فلا يعتبر في حق الضرب بخلاف ما إذا لم يكن مقدره بأنه أي شيء من المال كما في الصور المذكورة فإنه ليس في العبارة ما يكون مبطلاً للوصية كما إذا أوصى بخمسين درهماً واتفق أن ماله مائة درهم فإن الوصية لا تكون باطلة بالكلية؛ لإمكان أن يظهر له مال فوق المائة واذا [أ١٧٤ظ] لم تكن باطلة بالكلية تكون معتبرة في حق الضرب وهذا فرق دقيق أنيق**(وبمثل نصيب ابنه صحت وبنصيب[4] ابنه لا [د٢٢١ظ])** سواء كان له ابن أم لا؛ لأن الثاني وصية بمال الغير؛ لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والأول وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وإن كان يتقدر فيجوز، وقال زفر[5]: يصح في الوجهين.

(وله ثلث مع ابنين) أي للموصى له في الصورة الأولى ثلث إن كان [د٢٦٦ظ] للموصي ابنان[6] **(وبجزء من ماله يبينه الورثة)** أي يقال للورثة أعطوه ما شئتم؛ لأنه مجهول، والجهالة لا تمنع صحة الوصية فالبيان إلى الورثة؛ لأنهم قائمون

---

(١) في (د): (والآخر).
(٢) في (ب): (وله).
(٣) في (ب،ج): (ان).
(٤) في (و): (وبنصب).
(٥) ينظر: الهداية (٤/ ٥١٩) وما بعدها.
(٦) في (أ): (اثنان).

مقام الموصي(**وبسهم السدس**) وقالا: له مثل نصيب أحد الورثة، ولا يزاد على الثلث، إلا أن يجيزه الورثة، وله: أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود وقد رفعه إلى النبي ﷺ فيما يروي، وقال المشايخ -رحمه الله- هذا في عرفهم وهو كالجزء في عرفنا (**وإن قال: سدس مالي له ثم قال ثلثه له واجازوا له ثلث**) ويدخل السدس في الثلث أخذ بالمتيقن وبهذا اندفع ما قبل أن قوله "ثلث مالي له" لا يصلح إخباراً فتعين الإنشاء فينبغي أن يكون له النصف تقرير الدفع سلمنا أن قوله " ثلث[1] مالي له" إن شاء إلا أنه بعد قوله سدس مالي له يحتمل[2][3] أن يكون مراده بهذا زيادة سدس آخر ويجوز أن يكون مراده ثلثاً آخر غير السدس فعند الاحتمال يحمل على المتقين (**وفي سدس مالي مكرراً له سدس**)؛ لأن المعرفة إذا أعيدت معرفة كان الثاني عين الأول، إلا [هـ١٣٤] إذا أدل الدليل على خلافه وهو مفقود وها هنا.

(**وبثلث دراهمه أو غنمه أو ثيابه متفاوتة أو عبيده إن هلك ثلثاه فله [ب١٤٩و] ما بقي في الأولين ثلث والباقي في الآخرين**) وقال زفر: له ثلث الباقي في كل الصور؛ لان حق الموصي له شائع في الجميع، فإذا هلك ثلث المال هلك ثلثا حق الموصى له.

ولهم: أن في الجنس الواحد يمكن جمع حق أحدهم [ج١٣٨ظ] في الواحد، ولهذا يجزي فيه الجبر على القسمة، وفيه جمع غير المختلفة والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدراهم بخلاف الأجناس المختلفة؛ لأنه لايمكن الجمع فيها جبراً فكذا تقديماً.

(**وبآلاف وله: عين ودين هو عين إن خرج من ثلث العين وإلا فثلث العين وثلث ما يؤخذ من الدين وبعين لوارث واجنبي له نصف وغاب[4] الوارث**) إنما يكون له النصف دون الكل كما في المسألة الآتية؛ لأن الوارث أهل للوصية[5] بخلاف الميت (**وثلث لزيد وعمر والميت كله لزيد**)؛ لأن الميت لا يزاحم الحي، كما لو قال هو لزيد وجدار وعن أبي يوسف: أنه[6] لم[7] يعلم بموته فله نصف الثلث؛ لأن الوصية صحيحة لعمرو فلم يرض للحي إلا بنصف الثلث بخلاف ما

---

(١) في (ب،ج): (بثلث).
(٢) في (ب،ج): (محتمل).
(٣) في (هـ): (جواز).
(٤) في (ب): (وخاب).
(٥) في (ب): (الوصية).
(٦) في (ب): (أن).
(٧) في (و،هـ): (إذا).

إذا علم بموته؛ لأن الوصية للميت لغو فيكون راضياً بتمام الثلث للحي.

(**وإن قال: بينهما فنصفه له**) أي قال ثلث مالي بين زيد وعمر وهو [د٢٦٦و] ميت [و٢٢١هـ] فلزيد نصف الثلث؛ لأن كلمة بين توجب التنصيف[١] فلا يتكامل لعدم المزاحمة (**وبثلث ماله أو غنمه، وهو فقير له ثلث ماله أو ثلث غنمه عند موته**) أي من قال ثلث مالي له أو ثلث غنمي له. ولا مال أو لا غنم للموصي وقت الوصية كان له ثلث ما يملكه من المال أو الغنم عند الموت ؛ لأن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت فيثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت سواء اكتسبه بعد الوصية أو قبله، فمن قال: بعد أن لم يكن الموصي به عيناً أو نوعاً معيناً لم يصب، وكذا من قال؛ أو بثلث غنمه، ولاغنم له بطلت لما عرفت أن شرط [أ١٧٤و] الصحة وجود الغنم عند الموت إن لم تكن الغنم موجودة وقت الوصية، فلا فرق بينهما وبين المال على تقدير الشرط المذكور، وإنما قلنا إذا لم تكن الغنم موجودة وقت الوصية؛ لأنها إذا كانت موجودة وقت الوصية فهلكت لا تصح الوصية ؛ وإن اكتسب غنماً آخر قبل الموت وهذا ما ذكر بقوله (**وبثلث غنمه فهلكت قبل موته بطلت**) صرح بهذا كله في "الهداية" (**وبشاة من مالي**) إنما قال هذا احترازاً عن محل الخلاف، فإنه لو أوصى بشاة [ب١٥٠ظ]، ولم يضفها إلى ماله، ولا غنم له قيل: لا يصح، وقيل: يصح (**أو غنمي ولا شاة له**) له إنما قال ولا شاة له، ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب "الهداية"[٢]: لأن الشاة فرد من الغنم فإذا لم يكن له شاة، ولا يكون له غنم بدون العكس، والشرط [والشرط عدم الجنس][٣]، لاعدم الجمع حتى لو وجد الفرد تصح الوصية يفصح عن ذلك [هـ٤٣٢] قول الحاكم الشهيد في "الكافي"، ولو قال: شاة من غنمي أو فقيز من حنطتي [ج١٣١و] فإن الحنطة اسم جنس لا اسم جمع.

(**له قيمتها في مالي**)؛لانه لما أضافها إلى المال علمنا[٤] أن مراده الوصية بماليتها اذ ماليتها توجد في مطلق المال (**ويبطل في غنمي**)؛ لانه لما أضافها إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزء من الغنم (**وبثلث ماله لأمهات**

---

(١) في (ب): (التنصيص).

(٢) فعبارة الهداية تناولت صورتين ما إذا لم يكن له شاة أصلاً وما يكون له شاة لكن لا غنم له، ففي الصورتين تبطل الوصية وعبارة "المتن" لم تتناول الصورة الأولى ولم يعلم منها الحكم في الصورة الثانية فعبارة الهداية اشمل لكن هذه أحوط، ينظر: الوقاية (ص٩٠٩).

(٣) ما بين القوسين لم ترد في (ب). (٤) في (د): (علمت).

أولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين لهن ثلاثة أخماس) هذا عندهما رضي الله عنهما، وعند محمد ، أنه يقسم الثلث على سبعة أسهم فلأمهات[١] الأولاد ثلاثة منها؛ لأن المذكور في الفقراء والمساكين لفظ الجمع وأدناه في الميراث اثنان والوصية أخت الميراث، وأمهات الأولاد ثلاثة.

ولهما: أن الجمع المحلى باللام يراد به الجنس إذا لم يكن ثمة معهودة ويبطل الجمعية كما في قوله تعالى: ﴿لَا يَحِلُّ لَكَ ٱلنِّسَآءُ﴾[٢] [د٢٦٧ظ] فيراد به الواحد فيقسم على خمسة، ولهن ثلاثة منها **(وبثلث له ولفقراء نصف له أو نصف لهم)** هذا أيضاً عندهما، وعند محمد ، يقسم الثلث أثلاثاً.

(وبمئة لآخر وبها لزيد وخمسين لآخران اشترك ثالث معهما فله ثلث ما لكل في الأول)؛ لأن نصيبهما متساويان واشتراك ثالث معها فله ما لكل واحد منهما **(ونصفه في الثاني)** لتفاوت نصيبهما فهو شريك لكل واحد فله نصف ما لكل واحد منهما **(وفي له عليّ[٣] دين فصدقوه[٤]** [و٢٢٢ظ] **أي أمر بأن يصدقوا الدائن في مقدار الدين (صدق)** أي يجب عليه أن يصدقوه **(إلى الثلث)** وهذا استحسان.

وفي القياس؛ أن لا يصدق؛ لأن المدعي لا يصدق إلا بحجة، وجه الاستحسان: أن أصل الحق دين ومقداره يثبت بطريق الوصية **(وإن أوصى مع ذلك)** أي إن أوصى مع الدين أمر بتصديق الدين في مقدار بوصايا**(عزل ثلث لها)** أي للوصية **(وثلثاه للورثة وقيل لكل)** من الموصى له.

(والورثة بثلثي ما أقروا به) أي يقال للورثة صدقوه فيما شئتم فإذا اقروا بشيء فثلث ذلك الشيء يكون في حقهم وهو الثلث المال والباقي للورثة **(ويحلف كل)** أي كل واحد من الموصى له والورثة **(على العلم بدعوى الزيادة)**؛ لأنه تحليف

---

(١) في (ب): (فللأمهات).

(٢) سورة الأحزاب: آية (٥٢).

(٣) (له عليّ) لم ترد في (د).

(٤) يعني إذا قال المريض مخاطباً لورثته لفلان عليّ دين فصدقوه فيما قال، صدق فلان إلى الثلث، والقياس أن لا يصدق؛ لأنه امرهم بخلاف حكم الشرع، وهو تصديق المدعى بلا حجة؛ ولأن قوله لفلان على دين إقرار بالمجهول، وهو وإن كان صحيحاً لكن لا يحكم به إلا بالبيان وقد فات، وجه الاستحسان: إنه سلطه على مال بما أوصى وهو يملك هذا التسليط بمقدار الثلث بان يوصيه له ابتداء فيصح تسليطه أيضاً بالإقرار له بدين مجهول، والمرء قد يحتاج إلى ذلك بأن يصرف أصل الحق، ولا يعرف قدره فيسعى في فكاك رقبته بهذا الطريق فيجعل وصية في حق التنفيذ وإن كان ديناً في حق المستحق، وجعل التقدير فيها إلى الموصى له فلهذا يصدق في الثلث لا الزيادة، ينظر: الدرر الحكام (٢/ ٤٣٦).

على [ب١٥٠و] فعل الغير فيدل هذا مشكل من حيث أن الورثة كانوا يصدقونه إلى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وهنا[١] الزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث؛ لأن أصحاب الوصايا أخذوا الثلث على تقدير أن تكون[٢] الوصايا تستغرق [أ١٧٥ظ] الثلث كله ولم يبق في ايدي الورثة من الثلث شيء فوجب أن لا يلزمهم تصديقه [ج١٣٢ظ] **(وبثلاثة أثواب متفاوتة)** جيد ومتوسط وردي **(بكل الرجل إن ضاع ثوب ولم يدر أي هو والورثة تقول لكل)** من الموصى له **(ترى حقك بطلت[٣] أي بطلت الوصية (لكن أن سلموا ما بقي)** أي إن سامحوا أو سلموا الثوبين [هـ٤٣٣] الباقين **(أخذه والجيد ثلثي الجيد وذو الرديء ثلثي الرد وذو المتوسط ثلث الكل)** أي كل واحد منهما **(وببيت[٤] معين من دار مشتركة قسمت)** أي يجب أن تقسم الدار **(فإن أصاب الموصي)** أي إن وقع البيت في نصيب الموصي **(فهو للموصى له وإلا)** أي إن وقع [د٢٦٧و] في نصيب الشريك **(فله قدره)** أي للموصي له مثل ذراع ذلك البيت من نصيب الموصي، هذا عندهما رحمه الله وعند : له مثل ذراع نصف ذلك البيت.

(كما في الإقرار) أي كان مكان الوصية الإقرار فالحكم كذلك قيل: هذا بالإجماع وقيل: فيه أيضاً خلاف محمد : **(وبألف عين من مال غير له الإجازة بعد موت الموصي والمنع بعدها)** أي بعد الإجازة فإنه إن أجاز فإجازته تبرع فله أن يمتنع من التسليم **(وإن أقر أحد الابنين بعد القسمة بوصية أبيه بالثلث دفع ثلث نصيبه)** هذا استحسان والقياس: أن يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر لأن إقراره بالثلث تضمن إقراره بمساواته إياه والتسوية في إعطاء النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان : أنه أقر له بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقراً بثلث ما في يده **(وإن [و٢٢٢و] ولدت الموصي بها بعد موته فهما له)** أي الأمة الموصى بها وولدها **(إن خرجا من الثلث وإلا أخذ الثلث منها ثم منه)** أي يأخذ الثلث من الأم فإن فضل شيء أخذه من الولد؛ لأن التبع لا يزاحم الأصل وقالا: يأخذ من كل واحد حد بالحصة، فإذا كان له ستمائة درهم وأمة تساوي ثلثمائة فولدت ولداً يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصي له الأم وثلث الولد

---

(١) في (أ): (وهذا).

(٢) (تكون): لم ترد في (ب).

(٣) (بطلت) لم ترد في (ب).

(٤) في (ب،ج): (أو ببيت).

عنده وعندهما: ثلثا كل واحد منهما، [والله أعلم][١].

باب العتق في المرض

(العبرة بحالة العقد في التصرف المنجز) هو الذي أوجب حكمه في الحال **(فان كان في الصحة فمن كل ماله وإلا فمن ثلثه)** والمراد التصرف الذي هو إنشاء ويكون فيه معنى التبرع حتى أن الإقرار [ب١٥١ظ] بالدين في المرض ينفذ من كل المال والنكاح فيه ينفذ قدر مهر المثل من كل المال **(والمضاف إلى الموت)** هو ما أوجب حكمه بعد موته كانت لعمر بعد موتي أو هذا لزيد بعد موتي **(من الثلث وإن كان في الصحة ومرض صح منه كالصحة وإعتاقه وهبته وضمانه وصية، فإن أحب [ج١٣٢و] واعتق فهي احق)** صورة المحاباة، ثم الإعتاق باع عبداً قيمته مائتان بمائة ثم أعتق عبداً قيمته مائة ولا مال له سواهما يصرف الثلث إلى المحاباة ويسعى[٢] المعتق في كل قيمته،**(وهما في عكسه سواء)** صورة العكس: أعتق العبد الذي قيمته مائة ثم باع العبد الذي قيمته مائتان بمائة [د٢٦٨ظ] يقسم الثلث وهو المائة بينهما نصفين فالعبد المعتق يعتق نصفه مجاناً ويسعى في نصف قيمته وصاحب المحاباة يأخذ العبد [هـ٤٣٤] الآخر بمائة وخمسين **(وقالا: عتقه أولى فيهما)** لأنه لا يلحقه الفسخ وله أن المحاباة اقوى لأنه في ضمن عقد المعاوضة، لكن إن وجد العتق أولاً وهو لا يحتمل الرفع يزاحم المحاباة **(وفي [أ١٧٥و] عتقه بين المحابتين نصف للأولى ونصف للآخرين وفي محاباة بين عتقين لها نصف ولهما نصف الثلث والعتق عندهما فيهما ووصيته بأن العتق عبد بهذه المائة لا ينفذ بما بقي إن هلك درهم بخلاف الحج)** وعندهما: ينفذ العتق بما بقي كما في الحج له أن القربة تتفاوت بتفاوت قيمة العبد بخلاف الحج.

(وتبطل الوصية بعتق عبده إن جنى بعد موته فدفع)؛ لأن الدفع قد صح فخرج عن ملكه فبطلت الوصية **(وإن فدي لا)** أي[٣] لا تبطل الوصية إن فدى الورثة وكان الفداء في مالهم ؛ لأنهم هم الذين التزموه فجازت الوصية؛ لأنه ظهر عن الجنابة **(وإن أوصى لزيد بثلث ماله وترك عبداً فادعى زيد عتقه في صحته والوارث في مرضه)** اي إذا أوصى بثلث ماله لزيد وله عبداً وأمر الموصي له والوارث أن الميت

---

(١) مابين القوسين زيادة من (هـ).

(٢) في (و): (تسعى).

(٣) (أي): لم ترد في (د).

أعتق هذا العبد فقال الموصى له أعتقه في الصحة وقال الوارث: أعتقه في المرض **(صدق الوارث وحرم زيد)** لأن الموصى له يدعي استحقاق ثلث ماله سوى العبد لأن العتق في الصحة [و٢٢٣ظ] ليس بوصية فينفذ من جميع المال والوارث ينكر استحقاقه ثلث ماله غير العبد لأن العتق في المرض وصية وهو مقدم على غيره من الوصايا فذهب الثلث بالعتق **(الا أن يفضل عن ثلثه شيء)** من قيمة العبد لأنه لا مزاحم له فيسلم له ذلك **(أو يبرهن على دعواه فإن الموصى له خصم)**؛ لأنه يثبت حقه وكذا العبد [ب١٥١و] **(وإن ادعى رجل ديناً على ميت وعبده إعتاقه في صحته ولا مال له غيره وصدقهما وارثه سعى في قيمته)** وقالا: يعتق ولا يسعى في شيء؛ لأن الدين والعتق في الصحة ظهرا معاً بتصديق الوارث في كلام واحد فكأنهما وقعا معاً والعتق في الصحة لا يوجب السعاية، وإن كان على المعتق دين وله: أن الإقرار بالدين أقوى من الإقرار بالعتق، ولهذا يعتبر إقراره في المرض [ج١٣٣ظ] بالدين من جميع المال وبالعتق من [د٢٦٨و] الثلث والأقوى يدفع الأدنى [الا أن[1] بعد وقوعه] لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية عليه.

باب الوصية إلى الأقارب وغيرهم

(جاره من لصق به) هذا عنده، وهو القياس، وفي الاستحسان وهو قولهما: جار الرجل من يسكن في محلته ويجمعهم مسجد المحلة، وقال الشافعي[2]: الجار إلى اربعين داراً من كل جانب **(وصهره: كل ذي رحم محرم من عرسه وختنه كل زوج ذات رحم محرم منه واهله عرسه)** وعندهما كل من يعولهم ويصيبهم نفقته غير مماليكه[3] اعتباراً للعرف، وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى: ﴿فَأَنجَيْنَٰهُ وَأَهْلَهُۥٓ إِلَّا ٱمْرَأَتَهُۥ﴾[4]، والمراد من كان في عياله، وله: أن حقيقة[5] للزوجة يشهد بذلك

---

(١) في (د): (الأدنى إلا أنه).

(٢) ينظر: حواشي الشيرواني: (٧/ ٥٠)، وقيلوبي وعميرة: (٣/ ١٦٨) وقد نقل هذا قول أبي هريرة مرفوعاً وما رواه أبو داود مرسلاً وغيره وله طرق تقوية: ينظر: مغني المحتاج (٣/ ٥٨-٥٩)، تراجع هذه المسألة في كتب الشافعية وحاشية البيان وذلك وكما ذكر في الهداية: أن هذا القول فيه ضعيف أخرج أبو يعلى في مسنده من حديث أبي هريرة مرفوعاً حق الجوار إلى اربعين داراً وهكذا يراجع، نصب الراية: (٤/ ٤١٣-٤١٤)، والدارين: (٢/ ٢٩٣)، وفي مجمع الأنهر هذا الخبر ضعيف فقد طعنوا في رواته: (٢/ ٧١٠).

(٣) في (أ): (مالكه).

(٤) سورة الأعراف، آية (٨٣).

(٥) في (د): (أنه الحقيقة).

النص والعرف، قال [هـ٤٣٥] الله تعالى: ﴿وَسَارَ بِأَهْلِهِۦٓ﴾[١]، ويقال إذا تزوج والمطلق ينصرف إلى الحقيقة المستعملة وفيه نظر أن لا دلالة لما فيما ذكر على الاختصاص **(وآله: أهل بيته وأبوه وجده منهم وأقاربه وأقرباؤه وذو قرابته وأنسابه محرماه فصاعداً)** إنما قال هذا؛ لأن أقل الجمع هنا اثنان، كما في الميراث **(من ذوي رحمه الاقرب فالأقرب غير الوالدين والولد)**[٢] وقالا: الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له أدرك الإسلام وإن لم يسلم وعند بعضهم: شرط الإسلام ويدخل [أ١٧٦ظ] الأبعد مع وجود الأقرب والشافعي[٣]: قيده بالأب له أدنى ثم لا يدخل قرابة[٤] الولادة، وقد قيل: من قال للوالد قريباً فهو عاق **(وإن كان له عمان وخالان، فذا لعميه)** قالا: يقسم بينهم أرباعاً لعدم الاعتبار بالأقربية **(وفي عم وخالين نصف بينه وبينهما)** لأن اللفظ لجمع[٥] فلا بد من اعتبار الجمع فيه[٦] واقله اثنان في الوصية فيضم إلى العم الخالان[٧] ليصير جمعاً فيأخذ هو النصف؛ لأنه أقرب: وعندهما يقسم أثلاثاً بينهم **(وفي عم له نصف)** أي إذا أوصى للأقارب وله عم واحد فله النصف [و٢٢٣و] لما ذكرنا آنفاً **(والعم والعمة سواء فيهما وفي ولد زيد الذكر والأنثى سواء وفي ورثته ذكر كأنثيين)**؛ لأنه اعتبر الورثة وحكم الإرث هذا.

[ج١٥٢ظ] **(وفي أيتام بنيه وعميانهم، وزمناهم، وأراملهم دخل فقيرهم وغنيهم، وذكرهم وإناثهم إن أحصوا)** فإنه حينئذ يكون تمليكاً لهم **(والا فللفقراء)** فإنه حينئذ لا يكون تمليكاً بل يراد [د٢٦٩ظ] به القرابة، وهي في دفع الحاجة فيصرف إلى الفقراء منهم، أبي من الأصناف المذكورة **(وفي بني فلان الأنثى منهم وبطلت الوصية لمواليه فيمن له معتقون)**؛ لأن اللفظ مشترك ولا عموم له عندنا ولا قرينة تدل على أحدهما وفي بعض كتب الشافعي [ج١٣٣و]، أن الوصية للكل؛ لأنه يقول بعموم المشترك.

باب[٨] من الوصية

(تصح الوصية بخدمة عبده وسكنى دار مدة معينة وابداً وبغلتهما فإن خرجت

---

(١) سورة القصص: آية (٢٩).
(٢) (والولد): لم ترد في (و).
(٣) ينظر: مغني المحتاج: (٣/ ٦٤).
(٤) في (د): (مرأة).
(٥) في (هـ): (اللفظ جمع فيه قلة اثنان).
(٦) في (أ): (في) ولم ترد في (هـ).
(٧) في (د): (الخلان).
(٨) ينظر: مغني المحتاج: (٣/ ٦٣).

الرقبة من الثلث سلمت إليه لها) أي إلى الموصى له [لأجل الوصية **(والا قسم ثلث الدار ويهايأ في العبد)** أي يقسم الدار إلى الموصى له][١]مقدار ثلث المال ليسكن فيه العبد ويخدم الموصى له بمقدار ما صحت فيه الوصية ويخدم الورثة بمقدار ما لم تصح **(وبموته في حياة موصيه تبطل وبعد موته)** أي بعد موت الموصى له بعد موت موصيه تعود إلى الورثة ؛ لأنه أوصى بأن ينتفع الموصى له على ملك الموصي فإذا مات الموصى له يعود إلى ورثة الموصي بحكم الملك **(وبثمرة بستانه إن مات وفيه ثمرة)** إنما قال هذا؛ لأنه إذا لم يكن في البستان ثمرة والمسألة بحالها فهي كمسألة الغلة في تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصي له ذكره في "التبيين".

(له هذه فقط) أي للموصى له الثمرة الكائنة حال موت الموصي لا ما يحدث بعده.

(وإن ضم أبداً فله هذه وما يحدث كما في غلة بستانه) أي[٢] إذا أوصى بغلة[٣] بستانه سواء ضم إليه لفظ الأبد وإلا فله هذه وما يحدث بعده**(وبصوف غنمه وولدها ولبنها [هـ٤٣٦] له ما في وقت موته ضم أبداً أو لا)** والفرق أن الثمرة الورثة اسم للموجود عرفاً فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التخصيص على الإبداء إذ لا يتأبد إلا بتناول المعدوم وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفاً يقال يأكل من غلة بستانه وغلة أرضه ودان فإذا أطلقت[٤] يتناول الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة أخرى **(وتورث بيعه وكنيسة)** قد مر تفسيرهما **(جعلتا في الصحة)** ؛ لأن هذا بمنزلة الوقف، والوقف يورث.

وأما عندهما فلا ؛ لأن هذه معصية [د٢٦٩و] **(والوصية بجعل أحديهما سمى قوماً أو لا تصح)**[٥] [أ١٧٦ظ] أي إذا اوصى نصراني إلى يهودي أن يجهل القوم[٦] مسمين[٧] [و٢٢٤ظ] بيعه أو كنيسة تصح، ولقوم غير مسمين، تصح عنده لاعندهما لما مر إنها [ب١٥٢و] وصية بالمعصية **(وله)** أنه قربة في معقدهم وهم متروكون على ما يدينون قال مشايخنا هذا إذا اوصى ببنائها في القرى، وأما في

---

(١) ما بين القوسين لم ترد في (هـ).
(٢) في (د): (أو).
(٣) في (هـ): (غلة).
(٤) في (د): (انطلقت).
(٥) في (ب،هـ): (أو صح).
(٦) في (و): (القوم).
(٧) في (هـ): (مسلمين).

الأمصار فلا يجوز بالاتفاق **(كوصية مستأمن لا وارث له هنا بكل ماله لمسلم أو ذمي)** [ج١٣٤ظ]؛ لأن امتناع بما زاد على الثلث لحق الورثة وليس لورثة حق مرعي لكونهم في دار الحرب إذ هم اموات في حقنا والله أعلم[١].

باب الوصي

يقال: أوصى إلى فلان: أي جعله وصياً، وهو من فوض إليه التصرف في ماله بعد موته، والاسم منه الوصاية بالكسر والفتح **(من اوصى إلى زيد وقبل عنده، فإن رد عنده يرتد وإلا فلا)** أي لا يصح الرد بغيته [لأنه اعتمد عليه حيث قبله فلو صح الرد بغيته[٢] لصار مغروراً من جهته **(وإن سكت ومات موصيه فله رده وضده)** أي القبول **(ولزم بيع شيء من التركة وإن جهل به)** اي بالإيصاء، وذلك بأن بيع الوصي التركة قبل قبول الوصية كقبوله نصاً وينفذ البيع لصدوره من الوصي فإن علم الوصي بالوصاية ليس بشرط في صحة تصرفة [بخلاف الوكيل فإن علمه بالوكالة لابد منه في صحة تصرفه[٣] **(وإن رد بعد موته ثم قبل صح)** اذ بمجرد الرد لا تبطل الوصاية؛ لأن فيه ضرراً بالميت **(إلا إذا نفذ قاض رده)** فإنه لا يصح قبوله بعد ذلك **(والى[٤] عبد أو كافر أو فاسق بدله القاضي بغيره)**[٥] هذا على وفق ما ذكره القدروي[٦] وفيه دلالة على أن الوصية صحيحة؛ لأن السيد بل يكون بعد ثبوت[٧]، وذكر محمد في "الأصل" أن الوصية باطلة قيل: معناه سيبطل، وقيل: في العبد باطلة لعدم الولاية على نفسه وفي غيره معناه سيبطل، وقيل: في الكافر أيضاً باطلة لعدم ولايته على المسلم كذا في التبيين **(وإلى عبده صح إن كان ورثته صغاراً وإلا فلا)** هذا عنده، وقال أبو يوسف: لا يصح، وإن كانت الورثة صغاراً وهو القياس؛ لأنه قلب المشروع، وله: أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أصلاً للوصاية وليس لأحد عليه ولاية فإن الصغار، وإن كانوا ملاكاً لكن ليس لهم ولاية [هـ٤٣٧] النظر فلا منافاة بخلاف ما إذا كان في الورثة كبار والإيصاء إلى عبد الغير؛ لأنه لا يستبد بالتصرف إذا كان للمولى منعه وقول محمد [د٢٧٠ظ] فيه

---

(١) (والله أعلم) الزيادة من (و).

(٢) ما بين القوسين لم ترد في (أ، د).

(٣) ما بين القوسين لم ترد في (و).

(٤) في (هـ): (وان).

(٥) في (ب،ج): (غيره).

(٦) وفي القدروي (ص١٥١) أخرجهم القاضي من الوصية ونصب غيرهم، وفي الهداية: (٤/ ٥٣٨)، وهذا اللفظ يشير إلى صحة الوصية؛ لأن الإخراج يكون بعدها.

(٧) في (هـ): (الثبوت).

مضطرب يروي مرة مع أبي حنيفة ويروي مرة مع أبي يوسف.

(وإلى عاجز عن القيام بهما ضم إليه) أي بضم القاضي إليه **(غيره ويبقى أمين يقدر)** أي إذا كان الوصي أميناً قادراً على التصرف لا يجوز للقاضي إخراجه بل يجب تبقيته **(وإلى اثنين لا ينفرد أحدهما إلا بشراء كفنه وتجهيزه والخصومة** [ب١٥٣ظ] **في حقوقه وقضاء دينه وطلبه وشراء حاجة الطفل والاتهاب له وإعتاق عبد عين)** لعدم الحاجة إلى الرأي بخلاف إعتاق غير العين **(ورد وديعة وتنفيذ وصيته** [و٢٢٤و] **معينتين وجمع أموال ضائعة وبيع ما يخاف تلفه)** فإن في بعضها لا يحتاج إلى الرأي [ج١٣٤و] و[1]في بعضها يضر التوقف والاجتماع في الخصومة شعب هذا عندهما، وعند أبي يوسف ينفرد كل بالتصرف في جميع الأمور **(ووصي للوصي اوصى إليه في ماله أو مال موصيه وصي فيهما وقسمة الوصي عن الورثة مع الموصي له يصح فلا ترجع عليه إن ضاع** [أ١٧٧و] **قسطهم معه)** أي قسمة الوصي التركة مع الموصى له عن الورثة الصغار بالكبار الغائبين تصح حتى لو فيض الوصي نصيب الورثة وضاع في يده لا يكون لهم الرجوع على الموصى له بشيء **(وقسمته عن الموصى له معهم لا يبرج بثلث ما بقي)** أي لا يصح قسمة الموصى عن الموصى له الغائب مع الورثة الكبار الحاضرين حتى لو قبض نصيب الموصى له الغائب وهلك في يده رجع الموصى له بثلث ما بقي، وأما عن الموصى له الحاضر فيقبض الوصي نصيبه إن كان بإذنه فهو وكيل عن الموصى له بالقبض فلا يكره له حق الرجوع وإن لم يكن بإذنه فله الرجوع **(وصحت للقاضي)** يعني قسمة التركة عن الموصى له مع الورثة **(وأخذه)** عطف على الضمير في صحت **(قسطه)** أي نصيب الموصى له.

(وإن قاسمهم في الوصية بحج حج بثلث مال بقي إن هلك في يده أو يد من يحج) هذا عنده ، وقال أبو يوسف : إن كان المضرر مستغرقاً للثلث بطلت الوصية، وإن لم يكن مستغرقاً له يحج عنه بما بقي من الثلث، وقال محمد : لا يحج عنه بشيء في الفصلين لأن إفراز الوصي كإفراز الميت فإنه لو أفرز من ماله عيناً للحج فضاع بعد موته لا يحج عن[2] الباقي، ولأبي يوسف رحمه الله أن محل الوصية الثلث فينفذ إن بقي من الثلث شيء ولأبي حنيفة : إن تمام القسمة

---

(١) (الواو): لم ترد في (أ).

(٢) في (و): (من).

بالتسليم إلى الجهة المسماة فإذا[١] لم يصرف إلى تلك الجهة صار [د٢٧٠و] كهلاكه[٢] قبل القسمة **(وصح بيع الوصي)** أي يجوز للوصي أن يبيع لقضاء الدين **(عبداً من التركة بغيبة الغرباء،وضمن وصي باع ما اوصي ببيعه وتصدق ثمنه فاستحق)** أي المبيع **(بعد هلك ثمنه معه ورجع)** أي لوصي **(في التركة)** ؛ لأنه عامل للميت وكان أبو حنيفة يقول:

أولاً: لا يرجع في التركة؛ لأنه ضمن بقبضه ثم رجع إلى ما ذكر وعند محمد، يرجع في الثلث؛ لأن محل الوصية الثلث **(كما رجع في مال الطفل وصي باع ما أصاب من التركة)** أي قسم الميراث فأصاب الطفل عين فباعها [هـ٤٣٨] الوصي وقبض ثمنها **(وهلك معه ثمنه فاستحق)** أي المبيع وأخذ المشتري الثمن من الوصي يرجع الوصي في مال الطفل؛ لأنه عامل له [ب١٥٣و] أي يرجع الطفل **(على المورثة بحصته)** لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه.

(ولا يبيع وصي ولا يشتري إلا بالقيمة أو بما يتغابن) أي يتغابن الناس في مثله، وهو على ما مر في كتاب الوكالة [ج١٣٥ظ]، ما يدخل[٣] تحت تقويم المتقومين ؛ لأن الولاية نظرية ولا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير؛ لأنه لا يمكن [و٢٢٥ظ] التحرز عنه هذا إذا باعه من الأجنبي، وأما إذا باعه من نفسه أو اشترى له شيئاً من مال نفسه جاز عنده واحدى الروايتين عن أبي يوسف، وإذا كان لليتيم فيه منفعة ظاهرة، وتفسيره أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير[٤] أو يشتري ما يساوي خمسة عشر بعشرة للصغير من نفسه وعلى قول محمد وأظهر الروايات عن أبي يوسف : لا يجوز على كل حال هذا في وصي الأب وأما ما وصى القاضي فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال هذا إذا كان المبيع[٥] منقولاً وإن كان عقاراً فإن باعه من أجنبي بمثل القيمة لا يجوز هذا جواب المتقدمين واختيار المتأخرين أنه إنما يجوز:

إن رغب المشتري بضعف القيمة.

أو يكون للصغير حاجة إلى ثمنه.

أو يكون على دين الميت دين لا يقض إلا بثمنه.

---

(١) في (و): (فإن).
(٢) في (و): (هلاكه).
(٣) في (و): (ما لا يدخل).
(٤) في (ب): (الصغر).
(٥) (المبيع): لم ترد في (هـ).

قال الصدر الشهيد [أ١٧٧و]: وبه يفتي[١]، وقولهم الأجنبي يؤذن أن يبيعه من نفسه لا يجوز؛ لأن العقار حصّن أنفس الأموال فإذا باع من نفسه فالتهر[٢] ظاهرة هذا إذا كان البائع وحسب لا من قبل الأم أو الاخ وإن كان ابياً فإن كان محموداً عند الناس أو مستور الحال يجوز.

(**ويدفع ماله مضاربة [د٢٧١ظ] وشركة وبضاعة ويحتال على الاملاء لا على الاعسر ولا يقرض ويبيع على الكبير الغائب إلا العقار**)؛ لأن بيع ماله إنما يجوز للحفظ والعقار محصن بنفسه (**ولايتجر في ماله**)؛ لأن المفوض إليه الحفظ لا التجارة (**ووصى أب الطفل بماله من جد وإن لم يكن وصية فالجد**).

[فصل من الشهادة]

(**ولغت شهادة الوصيين لصغير بمال**)؛ لأنهما يثبتان ولاية التصرف لأنفسهما في ذلك المال فصارا متهمين أو خصمين (**أو كبير بمال الميت**)؛ لأنهما يثبتان ولاية الحفظ ولاية بيع المنقول لانفسهما عند غيبة الوارث (**وصحت بغيره**) أي بغير مال الميت لانقطاع ولايتهما عنه وهذا عنده ، وقالا رحمهما الله : إذا شهدا الوارث كبير يجوز في الوجهين لعدم ولاية التصرف وقد مر الجواب عنه.

(**كشهادة رجلين لآخرين بدين ألف على ميت والآخرين للأولين بمثله بخلاف شهادة بوصية الف**). هذا عنده ، وقال أبو يوسف[٣]: لا يقبل في الدين ايضاً، ويروي أبو حنيفة مع محمد ويروي مع أبي يوسف مثل قول محمد [ب١٥٤ظ] وروى الحسن عن أبي حنيفة ، أنهم إذا جاءوا معاً شهدوا فالشهادة باطلة، وإن شهد اثنان لاثنين فقبلت شهادتهما ثم ادعى الشاهد أن بعد ذلك على الميت فشهد لهما الغريمان الأولان تقبل (**والأولين بعبد والآخرين بثلث ماله**) أو بالدراهم المرسلة؛ لأن [هـ٤٣٩] الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة.

---

(١) وزاد في " الفوائد الزينية " على ما نقل عن الزيلعي ثلاث مسائل نقلاً عن الظهيرية، احدهما: إذا كان في التركة وصية مرسلة؛ لا يمكن تنفيذها إلا منه وفيما إذا كانت غلاته لا تزيد على مؤنته، وفيما إذا كان حانوتاً أو دكاناً يخشى عليه النقصان، وزاد في " الخانية " اخرى، وهي إذا كان العقار في يد متغلب، وضاف الوصي عليه فله بيعه، ينظر: مجمع الأنهر: (٧٢٥/٢).

(٢) كذا بالأصل.

(٣) ينظر: الهداية (٥٤٣/٤).

كتاب الخنثى

(**هو ذو فرج وذكر**) ويلحق به من عرى[1] الإلتين جميعاً[2] ذكره في "التبيين"، (**فإن بال من ذكره فذكر، وإن بال من فرجه فأنثى، وإن بال منهما حكم بالاسبق، وإن استويا فمشكل ولا يعتبر الكثرة**[3] **خلافاً لهما رحمهما الله، هذا قبل البلوغ** (**فإن بلغ وخرج لحية أو وطيء امرأة [و٢٢٥و] أو احتلم كما يحتلم الرجل فرجل**) وقوله فيه مقبول فإنه لا يقف عليه غيره.

(**وإن ظهر له ثدي أو نزل لبن**[4] **أو حاض أو حبل أو طيء فأنثى، وإن لم تظهر له علامة أو تعارضت فمشكل**) [من قال وإلا فمشكل][5] فقد قصر ومن رام التتميم بالتعميم فقد تعسف كما لا يخفى على من أنصف (**فإن قام في صفهن اعاد حتماً**) إن كان بالغاً وندباً إن كان مراهقاً (**وفي صفهم يعيد من بجنبه ومن خلفه بحذائه وندب صلاته بقناع وكره أن يلبس حريراً، أو يتحلى، وأن لا يكشف عند رجل أو امرأة، وأن لا يخلو به غير محرم رجل أو امرأة، وأن يسافر [د١٧٧و] بلا محرم، وأن يختنه رجل أو امرأة، ويبتاع له أمة تختنه إن ملك مالاً وإلا فمن بيت المال ثم تباع فإن**[6] **مات قبل ظهور حالة لم يغسل وييمم**) من التيمم، وهو جعل

---

(١) عرى: بكسر الراء بمعنى خلا، ينظر: حاشية الطحاوي (٤/ ٣٤٩).

(٢) قال في الاختيار: (٣/ ٤٧)، وقال عمر النسفي: أو ليس له هذا ولا هذا ويخرج حدثه من دبره أو من سرته، وذكر في "المنتقى" قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: إذا خرج البول من سرته وليس له قبل ولا ذكر لا أدري ما نقول في هذا، وفي مجمع الأنهر: (٢/ ٧٢٩)، نقلاً عن القهستاني: قال محمد إنه في حكم الأنثى.

(٣) قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: تحكم الكثرة؛ لأنها في الدلالة على المخرج الاصلي كالسبق فيجوز تحكيمه، وجه قول أبي حنيفة رحمه الله: أن كثرة البول وقلته لغة المحل وضيقه فلا يصلح للفصل بين الذكورة والأنوثة بخلاف السبق، وحكي إنه لما بلغ أبا حنيفة قول أبي يوسف في تحكيم الكثرة لم يرض به وقال: وهل رأيت حاكماً يزن البول؟ فإن استويا توقفا أيضاً وقالا: هو خنثى مشكل والله اعلم، ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٤١٨).

(٤) وفي "الجوهرة" فان قيل: ظهور الثديين علامة مستقلة فلا حاجة إلى ذكر اللبن، وقيل؛ لأن اللبن قد ينزل ولا ثدي أو يظهر له ثدي لا يتميز من ثدي الرجل فإذا نزل اللبن وقع التمييز، يراجع الجوهرة المنيرة، حاشية الطحاوي: (٤/ ٣٥٠).

(٥) ما بين القوسين لم ترد في (و).

(٦) في (ز): (وإن).

الغير ذا يتمم بما لا يشتري له جارية تغسله؛ لأن الجارية ؛ لا تكون مملوكة بعد الموت كان هذا القائل شيء ما قدمه في كتاب القسمة من أن ملك الموروث باق بعد موته فالقسمة قضاء على الميت.

(**ولا يحضر مراهقاً غسل ميت، وندب تسجية قبره**) قد مر المعنى التسجية في "باب الجنائز" (**ويوضع الرجل بقرب الإمام ثم هو المرأة إذا صلى عليهم**) [أ١٧٨ظ] [ز٣٢١ظ]، رعاية الحق الترتيب ذكره في "الهداية" : (**وإن تركه أبوه وابناً فله سهم وللابن سهمان وقالا: له نصف النصيبين**) أي يحج في نصيبه إن كان ذكراً ونصيبه إن كان انثى وله نصف ذلك المجموع (**وهو قول الشعبي رضي الله عنه واختلفا في قياس قوله قد**[1] **أثلثه من سبعة عند أبي يوسف رضي الله عنه وخمسة من اثنى عشر عند محمد رضي الله عنه له**) أن الخنثي لو كان ذكراً يكون المال بينهما نصفين [وان كان انثى يكون المال بينهما أثلاثاً فإذا احتجنا إلى حساب له نصف وثلث وأقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفان][2] وفي حال أثلاثاً للخنثى سمهان وللابن أربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك في سهم [ب١٥٤و] الزائد فيتصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فالضعف ليزول الكسر فصار الحساب من انثى عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولأبي يوسف رحمه الله: أن الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلثه الأرباع فعند الاجتماع[3] يقسم بينهما على قدر حصتهما هذا يضرب بثلثه وذلك يضرب بأربعة فيكون سبعة ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الأقل وهو ميراث الأنثى متيقن به وفيما زاد [هـ٤٤٠] عليه بثلث فأوجبنا المتيقن قصراً عليه ؛ لأن المال لا يجب بالشك إلا أن يكون نصيبه الأقل ولو قدرناه ذكراً فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقناً به وهو أن يكون الوارث زوجاً وأماً وأختاً لأب وأم وهي خنثى أو امرأة وأخوين لأب وأختاً لأب وأم هي خنثى فعنده في الأولى للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى، وفي الثانية للمرأة[4] الربع وللأخوين [و٢٢٦ظ] لأم الثلث والباقي للخنثى؛ لأنه أقل النصيبين فيهما [د٢٧٢ظ].

مسائل شتى

(**كتابة الأخرس**) على ثلاث مراتب:-

---

(١) في (ز): (فذ)

(٢) ما بين القوسين لم ترد في (ز).

(٣) في (د): (الإجماع).

(٤) وفي (و): (لامرأة).

١-غير مستبين كالكتابة على الهواء أو الماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به شيء من الاحكام.

٢-وإن نوى ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدران وأوراق الأشجار أو على الكاغد لا على وجه الرسم [ز٣٢١و] فلهذا[١] يكون لغوا إذ لا عرف في إظهار الأمر بهذا الطريق فلا يكون حجة إلا بانضمام شيء آخر إليه كالنية والشهاد عليه والإملاء على الغير جنى بكتبه وقيل الإملاء من غير إنها لا يكون حجة الأول.

٣- ظاهر ومستبين مرسوم وهو أن يكون معنوياً أي مصدراً بالعنوان وهو أن يكتب في صدره من فلان إلى فلان على ما جرت به العادة فيكون هذا كالنطق فيلزم حجة **(وإيماؤه بما يعرف منه نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه وقوة كالبيان ولا يحد)** أي لا يكون إشارته وكتابته كالبيان في الحدود؛ لأنها تندري بالشبهات **(وقالوا في معتقل اللسان)** اعتقل لسانه بضم التاء ما إذا احتبس عن الكلام، ولم يقدر عليه **(إن امتد ذلك)** وقدره التمرتاشي بسنة **(وعلم إشارته فكذا)** أي حكمه حكم الأخرس **(وإلا فلا)** قال في "الحقائق": تعتبر إشارته عند الشافعي، وعندنا لا تعتبر؛ لأن احتمال أن يخف ما به من المرض فينطلق لسانه قائم فلا ضرورة إلى قيام الإشارة مقام العبارة. وروى عن أبي حنيفة أنه قال: إن دامت العقلة إلى وقت الموت تجوز؛ لأنه عجز عن النطق بمعنى [ب١٥٥ظ] لا يرجى زواله فكان كالأخرس قالوا وعليه الفتوى **(وفي غنم مذبوحة فيها ميتة هي أقل تحري وأكل في الاختيار)** وقال الشافعي: لا يباح التناول؛ لأن التحري دليل ضروري ولا ضرورة هنا، ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة وإلا يرى أن أسواق المسلمين لا تخلوا عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتماداً [أ١٧٨] على الغالب وهذا؛ لأن القليل لا يمكن التحرز عنه فيسقط اعتباره دفعاً للحرج بخلاف ما إذا كانا نصفين أو كانت الميتة اغلب؛ لأنه لا ضرورة وإنما قال في الاختيار؛ لأنه يحمل أكل الميتة في الاضطرار، والله أعلم [ز٧٢٤ظ] [بالصواب وإليه المرجوع والمآب][٢]، [تمت بعون الله][٣].

---

(١) في (ز): (فإن هذا يكون).

(٢) ما بين القوسين لم ترد في (هـ).

(٣) الزيادة من (أ).

فهرس المحتويات

